Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

lic. jur. **Kurt Locher**

von Oberegg (App. I.-Rh.)

1941

BUCHDRUCKEREI DR. J. WEISS · AFFOLTERN AM ALBIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0038

Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

lic. jur. **Kurt Locher**

von Oberegg (App. I.-Rh.)

1941

BUCHDRUCKEREI DR. J. WEISS · AFFOLTERN AM ALBIS

Die juristische Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 6. März 1941 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis . . . . . .
Einleitung 1

I. Teil.

Gläubigerstellung und Gläubigerschutz im Bereiche der Aktiengesellschaft bei der Gründung und während ihres Bestehens.

1. Abschnitt.

Aktiengesellschaft und Gläubiger-Interesse.

§ 1. Die Aktiengesellschaft in Wirtschaft und Recht 3
I. Die wirtschaftliche Bedeutung 3
II. Begriff und rechtliche Natur der AG 5

§ 2. Die Gläubigerrechte im Bereiche der Aktiengesellschaft . 7
I. Die Gläubigerrechte im allgemeinen 7
II. Die Gläubigerrechte des Aktionärs 8
III. Andere Forderungsrechte 10
1. Die Gläubigerrechte der Genußscheininhaber . 10
2. Die Obligationengläubiger 11
3. Salär- und Tantièmenansprüche 12

2. Abschnitt.

Der Rechtsverkehr mit der Aktiengesellschaft und der Schutz der Gläubiger.

§ 3. Normativsystem, Oeffentlichkeitsprinzip und Handelsregistereintrag 12
I. Das Normativsystem 12
II. Das Oeffentlichkeitsprinzip und der Handelsregistereintrag 14
III. Die Registerbehörden und ihre Prüfungspflicht . 16

§ 4. Die Bargründung der Aktiengesellschaft 18
I. Der Gründungshergang 18
II. Die Auflösungsklage der Gläubiger aus mangelhafter Gründung 20
III. Aktie und Aktienzeichnung 21
IV. Agio und Disagio 23
V. Die Einzahlung der Bareinlage 24

Seite

VI. Die Stellung der Gläubiger bei Rechtsgeschäften im Gründungsstadium 25

§ 5. Qualifizierte Gründung und Nachgründung 26
I. Allgemeines 26
II. Die Sacheinlage- oder Apportgründung . . . 27
III. Die Sachübernahmegründung 29
IV. Gründervorteile 30
V. Die sog. Nachgründung als Umgehung der Vorschriften über die qualifizierte Gründung . . . 31

§ 6. Die Organisation der Aktiengesellschaft 33
I. Allgemeines 33
II. Die Generalversammlung 34
1. Die Anfechtung von GV-Beschlüssen . . . 35
2. Bilanzgenehmigungs- und Dividendenausschüttungsbeschlüsse 37
III. Die Verwaltung 39
1. Wahl- und Nationalitätsvorschriften . . . 39
2. Aufgaben und Organisation 41
3. Die Geschäftsführungsbefugnis 42
4. Die Vertretungsmacht 45
IV. Die Kontrollstelle 46

§ 7. Einmann-Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft . . 47
I. Die Stellung des Gläubigers gegenüber der Einmann-AG 47
II. Holdinggesellschaft und Gläubigerschutz . . . 49

3. Abschnitt.
Grundkapital und Gläubigerinteressen.

§ 8. Wesen und Funktionen des Grundkapitals und der Reserven 50
I. Wesen und Funktionen des Grundkapitals . . . 50
II. Maßnahmen zum Zwecke der vollwertigen Erlangung und Erhaltung des Grundkapitals 51
1. Bei der Gründung 51
2. Während des Bestandes der AG 52
3. Die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz 52
4. Das Verbot der Einlagerückerstattung . . 54
5. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien durch die AG 56
III. Die Reserven und ihre Funktionen 58

Seite

§ 9. Die Erhöhung des Grundkapitals 59
I. Allgemeines 59
II. Art und Durchführung 59
III. Erhöhung und Gläubigerinteressen 60

§ 10. Die Herabsetzung des Grundkapitals 61
I. Arten und Zweck der Herabsetzung 61
II. Durchführung der Herabsetzung u. Gläubigerschutz 62
III. Verbot der Herabsetzung des Grundkapitals im Liquidationsstadium 65

II. Teil.
Der Gläubigerschutz bei der Auflösung und Umwandlung der Aktiengesellschaft.

1. Abschnitt.
Die Stellung und der Schutz der Gläubiger in den Fällen der Auflösung der Aktiengesellschaft.

§ 11. Die Auflösung mit Liquidation 67
I. Auflösung und Liquidation 67
II. Die Durchführung der Liquidation 69

§ 12. Die Auflösung ohne Liquidation 72
I. Veräußerung des Vermögens einer AG mit Aktiven und Passiven 72
II. Die Fusion von Aktiengesellschaften 73
1. Unternehmenskonzentrationen 73
2. Begriff und Arten der Fusion 73
3. Der Fusionsverlauf 74
4. Der Schutz der Gläubiger der annektierten oder kombinierten AG 76
III. Die Uebernahme einer AG durch eine Kommandit-AG 79
IV. Die Uebernahme einer AG durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts 79

§ 13. Der Konkurs der Aktiengesellschaft 80
I. Konkursfähigkeit und Konkursgründe 80
II. Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse der AG 83
III. Die Konkursmasse und ihre besonderen Ansprüche 83

2. Abschnitt.

§ 14. Die Stellung der Gläubiger im Falle der Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine andere Gesellschaftsform . . 85

Seite

I. Allgemeines 85
II. Die Umwandlung der AG in eine G. m. b. H. . . 85
1. Das Wesen der G. m. b. H. 85
2. Stammkapital und Haftungsverhältnisse . . 86
3. Umwandlungsverfahren und Gläubigerschutz . 87
III. Die Umwandlung der AG in eine Kommandit-AG . 88

3. Abschnitt.

§ 15. Der Gläubigerschutz bei der Verlegung des Sitzes der Aktiengesellschaft ins Ausland 89
I. Die Bedeutung des Sitzes der AG 89
II. Sitzverlegung ins Ausland und Schutz der Gläubigeransprüche 90

III. Teil.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer, der Mitglieder der Verwaltung und der Kontrollstelle, und der Liquidatoren gegenüber den Gläubigern der Aktiengesellschaft.

§ 16. Die Tatbestände der Verantwortlichkeit 91
I. Die Haftungstatbestände im allgemeinen . . . 91
II. Die Haftung der Gründer 93
III. Die Haftung der Organe (Verwaltung und Kontrollstelle) 95
IV. Die Haftung der Liquidatoren 98

§ 17. Die Klageberechtigung der Gesellschaftsgläubiger und das Maß des Verschuldens der haftbaren Personen 98
I. Allgemeines 98
II. Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage, insbesondere der Schaden 99
1. Der sekundäre oder mittelbare Schaden . . 100
2. Der primäre oder unmittelbare Schaden . . 102
III. Das Maß des Verschuldens der haftbaren Personen 102

§ 18. Solidarität, Verjährung und Gerichtsstand 103
I. Das Verhältnis unter mehreren haftbaren Personen 103
II. Die Frage der Klageverjährung 104
III. Der Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaftsgläubiger 104

Literatur-Verzeichnis

Alexander Ed.: Die Sonderrechte der Aktionäre, Berlin 1892.

Bachmann: Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich, 1915.

Benz: Das Konzessions- und Normativsystem bei der AG in der Schweiz, Diss. Bern 1929.

Beyle: Ueber die Formalitäten bei der Erhöhung des Grundkapitals, SJZ 15, S. 308, 328.

Blumenstein: Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

— Die Bedeutung des revidierten OR für die Schuldbetreibung, ZbJV 1937, Heft 8.

Boßhard: Die Reserven der AG im neuen OR, Abh. z. Schw. R. 173. Heft.

Büchler: Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach schweiz. OR. Diss. Bern 1926.

Conne: Die Namenaktie, Diss. Zürich 1933.

Contat: Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts, Diss. Zürich 1932.

Curti: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin 1930.

Dick: Die Liberierung der Aktien nach geltendem Recht und Entwurf III, 1934.

Egger A.: Die G. m. b. H. nach dem revidierten schweiz. OR. Separat-Abdruck aus der SJZ, 34. Zürich 1938.

Egger J. G.: Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs. 2. Aufl. Berlin 1930.

Enßlin: Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger GV-Beschlüsse der AG, Diss. Zürich 1930.

Fehr H.: Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht, aus der Festschrift für Karl Wieland, Basel 1934.

Fehr K.: Die Struktur der Kommandit-AG, Abh. z. Schw. R. 110. Heft, 1935.

Fick: Die verschleierte und schieberhafte Gründung von AG, Schweizer Zeitfragen, Heft 57, 1922.

— Die Verschmelzung (Fusion) von AG nach schweiz. Recht. Schweizer Zeitfragen, Heft 60, 1924.

— Die Gläubigerrechte bei der Sanierung einer AG durch Herabsetzung des Grundkapitals, Schweizer Zeitfragen, Heft 63, 1925.

Friedländer: Die Aktiengesellschaft. Die Rechte der Aktionäre, die Pflichten des Vorstandes und des Aufsichtsrates, Berlin 1913.

Furrer: Erwerb eigener Aktien, Diss. Zürich 1934.

Gegenbauer: Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der AG und dem Stammkapital der G. m. b. H., Diss. Bern 1932.

Gerster: Die Aktienzeichnung nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1919.

Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. 1936/7.

— Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des OR, ZbJV 62, S. 121 ff.

Gunzinger: Die Vertretungsmacht des Vorstandes der AG, Diss. Leipzig 1902.

Gutstein: Das Strohmännertum im Aktienrecht, 1927.

Gyr: Willensmängel im Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1936.

Hagmann: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der AG, Abh. z. Schw. R. 163. Heft, 1939.

Hallstein: Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931.

Hautle: Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, Berlin 1907.

Hefti: Die Umwandlung der AG in eine G. m. b. H., Zürich 1938.

Henggeler: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweiz. Aktienrecht. Zürich 1937.

Henze: Der Konkurs der AG nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1923.

Herold: Zwingendes Aktienrecht, Aarau 1931.

Hery: Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der AG nach geltendem und vorgeschlagenem schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1928.

Herzfeld: Die freiwilligen Reservefonds sowie die Wohlfahrtseinrichtungen im Konkurse der AG, Diss. Bern 1915.

Heß: Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung der AG, Diss. Zürich 1937.

Hoeland: Die Organe der Aktiengesellschaften, Diss. Erlangen 1888.

Hoffmann: Beiträge zur Apportgründung der AG, Diss. Basel 1925.

Huber: Die qualifizierte Gründung der G. m. b. H., Abh. z. Schw. R. 150. Heft, 1939.

Indermaur: Die Minoritätenrechte im Aktienrecht, Diss. Zürich 1928.

Jung: Maßnahmen der AG gegen Ueberfremdung, 2. Aufl. Mainz 1921.

Kaufmann: Die Haftungsverhältnisse der schweizerischen G. m. b. H., ZüBRW 75. Heft, 1940.

Klingler: Die Holdinggesellschaft, Diss. Freiburg 1927.

König: Statut, Reglement, Observanz. Die Formen der Körperschaftsordnung. Diss. Zürich 1934.

Kolb: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweiz. Recht. Diss. Zürich 1935.

Kreis: Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweiz. Privatrecht, Diss. Zürich 1936.

Lehmann K.: Das Recht der Aktiengesellschaften, 2 Bde. 1898/1904.

Lehmann W.: Die Fusion von Aktiengesellschaften, Diss. Bern 1933.

Lardelli: Die nominelle Herabsetzung des Grundkapitals und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger nach Art. 670 aOR, SJZ 12, S. 325 ff.

Liefmann: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, Jena 1921.

Meyer A. J.: Die Dividenden- und Zinsengarantien bei Aktiengesellschaften, ZüBRW 55. Heft, Aarau 1915.

Meyer M.: Vorrechte aus Vorzugsaktien, Diss. Zürich 1933.

Mosimann: Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der AG und ihr Einfluß auf die wohlerworbenen Rechte der Aktionäre, Diss. Bern 1938.

Müller E.: Kapitalherabsetzung bei der AG, Abh. z. Schw. R. 141. Heft, 1938.

Müller, P.: Aufgabe und Gründung der G. m. b. H. nach dem schweiz. OR, Zürich 1938.

Oberer: Ueber die Rechte der Gläubiger bei der Liquidation von AG nach schweiz. Recht, ZfSchwR 41, S. 71.

Oechslin: Die rechtliche Stellung des Gläubigers im Konkurse nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1926.

Peduzzi: Die Aktienamortisation insbesondere nach dem schweiz. OR, Chur 1924.

Pfyffer von Altishofen: Die Direktion der Aktiengesellschaft nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1919.

Popp: Die Aktie ohne Nennwert, Diss. Bern 1932.

Preisig: Die Reserven der AG nach schweiz. OR, Bern 1918.

Rüegg: Die Haftung der Gründer von Aktiengesellschaften nach deutschem und insbesondere schweiz. Recht, Diss. Zürich 1914.

Rutz: Die Dividendengarantie, Diss. Freiburg 1928.

Schäfer: Die AG als Mitglied und als Organ von Handelsgesellschaften, Zürich 1930.

Schmidt: Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrecht, Diss. München 1888.

Schultheß: Die verschleierte Apportgründung der AG, Diss. Zürich 1934.

Seeling-Nürnberg: Die Industrieobligationen, betriebs- und finanzwirtschaftliche Forschungen, 1920.

Sigrist: Die Erhöhung des Grundkapitals im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1930.

Silbernagel: Die Gründung der AG nach deutschem, schweiz., franz. und engl. Aktienrecht. Berlin 1907.

Spillmann: Bestandesübertragung und Fusion von Versicherungs-AG, Abh. z. Schw. R. 162. Heft, 1939.

Sprenger: Die Prioritätsaktien bei schweiz. AG, Diss. Zürich 1932.
v. Steiger: Prüfung und Eintragung der AG beim Handelsregister, Zürich 1937.
Sträuli: Veränderungen des Grundkapitals der AG, ZfSchwR 14, S. 1.
Syz: Die Einzahlungsarten der Bareinlage bei der AG und der G. m. b. H., Diss. Zürich 1935.
Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 1934.
Vigier: Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG gegenüber den Gläubigern, Aarau 1907.
v. Waldkirch: Die Revision des schweiz. Aktiengesellschaftsrechts, ZfSchwR 23, S. 634.
Weder: Die Rechtsmängel in den Beschlüssen der Aktionärversammlungen, Diss. 1920.
Welti: Die Organisation der AG, Diss. Bern 1890.
Wieland A.: Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritt veranlaßt hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger, ZfgHR 64.
Wieland C.: Handelsrecht, 2 Bde. 1921/1931.
— Die AG und die G. m. b. H. im Entwurf eines revidierten OR, ZfschwR 63, S. 111.
Wiener: Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, ZfgHR 27, S. 333.
Wildi: Die Gründerverantwortlichkeit nach schweiz. Aktiengesellschaftsrecht, 1909.
Wolfers: Die Verwaltungsorgane der AG, Diss. Zürich 1917.
v. Wolff: Die Genußscheine nach schweiz. Recht. 1914.
Zollikofer: Fusion von AG nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1916.
Zingg: Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, ZüBRW 72. Heft 1940.

Abkürzungen

1. Gesetze, Entscheide, Kommentare.

OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
aOR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881/30. März 1911.
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
HRVO	=	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.
BBl	=	Bundesblatt.
BG	=	Bundesgesetz.
BGE	=	Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung.
RGE	=	Entscheid des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Komm. OR V. 5.	=	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: AG und G. m. b. H. von A. Siegwart, 1939/40.
Sten. Bull. St. R.	=	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, NR = Nationalrat, St. R. = Ständerat.

2. Zeitschriften etc.

Abh. z. Schw. R.	=	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, herausgegeben von Dr. Theo Guhl, Bern.
BlzüR	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
Schw. AG	=	Die Schweizerische Aktiengesellschaft.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZfgHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet 1858.
ZSchwR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge.
ZüBRW	=	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, herausgegeben von Egger, Hafter, Giacometti, Schindler, Zürich.

3. Varia.

AG	=	Aktiengesellschaft.
a. M.	=	anderer Meinung.
Anm.	=	Anmerkung.
G. m. b. H.	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
m. E.	=	meines Erachtens.
GV	=	Generalversammlung.

Literatur wird grundsätzlich nur mit dem Namen des Verfassers, Seite und bei mehrbändigen Werken und Zeitschriften mit Angabe des Bandes zitiert, wobei auf das Literaturverzeichnis für die näheren Angaben verwiesen wird.

Einleitung.

Die Rechtsordnung als „Schutzordnung menschlicher Interessen" mußte auch die Interessen, die sich um die Rechtsform der Aktiengesellschaft gruppieren, mit eingehenden Schutzbestimmungen umgeben. Von diesen vielgestaltigen Interessenkomplexen macht die vorliegende Arbeit nur einen zum Gegenstand ihrer Betrachtung, denjenigen der Gesellschaftsgläubiger.

Das Fehlen jeglicher persönlichen Haftung in der AG bedeutet für alle ihre Gläubiger ein erhöhtes Risiko und rechtfertigt es, ihre Stellung durch besondere Schutzmittel zu festigen und zu sichern, damit sie den der AG eigentümlichen Gefahren besser begegnen können.

Zweck und Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist somit darin zu erblicken, denjenigen Schutz der Gläubiger einer AG zum Gegenstand einer besonderen Abhandlung zu machen, welcher ihnen vermöge der Eigenart der AG, als eines auf einem festen Grundkapital beruhenden Rechtssubjektes, im Aktienrechte selbst gewährt wird. Die Rechtsstellung der Gläubiger der AG gegenüber ihrer Schuldnerin, insoweit sie auf den allgemeinen Bestimmungen des OR und des SchKG beruht, bietet für eine spezielle Behandlung des Gläubigerschutzes keine Besonderheiten und wird deshalb im Rahmen der Arbeit nur kurz gestreift. Das im 26. Titel unseres revidierten OR enthaltene Recht der AG stellt aber eine so reiche Fundgrube von Sonderschutznormen für die Gesellschaftsgläubiger dar, daß eine systematische Darstellung des „Gläubigerschutzproblems" im Rahmen des revidierten schweizerischen OR sich für die Praxis wie für die Theorie nur wohltuend auswirken kann.

I. Teil.

Gläubigerstellung und Gläubigerschutz im Bereiche der Aktiengesellschaft bei der Gründung und während ihres Bestehens.

---

1. Abschnitt.

Aktiengesellschaft und Gläubigerinteresse.

§ 1. Die Aktiengesellschaft in Wirtschaft und Recht.

I. Die wirtschaftliche Bedeutung.

Die Entwicklung des letzten Jahrhunderts hat unter den Produktionsfaktoren dem Kapital das Uebergewicht verschafft. Während bei den Personengesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Kapital und Person noch vereinigt sind, ist die AG eine unpersönliche, „kollektivistisch-kapitalistische Unternehmensform“[1]).

Bei der Einzelfirma dreht sich alles um die unbedingte persönliche Selbstverantwortlichkeit und die völlige Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Unternehmers. Bei der AG dagegen steht im Vordergrund die „beschränkte“ Haftbarkeit und das geteilte Risiko sowie der Mangel einer persönlichen Spitze des Unternehmens, an deren Stelle eine zusammengesetzte Unternehmervielheit getreten ist. Die AG gewährt sämtlichen Mitgliedern die beschränkte Haftung und zugleich das Recht, durch die GV die Tätigkeit der geschäftsführenden Organe zu beeinflussen.

---

[1]) Vgl. Wieland: II, S. 3.

Eine Stärke der AG liegt darin, daß sie von vorneherein größere Aussicht bietet, für bestimmte Zwecke die nötige Kapitalskraft zu konzentrieren[2]), als es Einzelunternehmern möglich ist. Der Einzelunternehmer hat in der Regel nur eine beschränkte Kapitalsmasse zur Verfügung, und, da sein Kredit beschränkt ist, kann er sie nur mit Schwierigkeiten vergrößern. Der AG dagegen strömen von Anfang an die Kapitalien leichter zu, da sie dem Publikum die Möglichkeit gewährt, sich an einem Unternehmen zu beteiligen, ohne die Dispositionsfähigkeit über die angelegten Summen zu verlieren. Sie nimmt auch kleine Summen gerne auf und gestattet dadurch, diese wirtschaftlich im Großbetrieb zu verwerten. Bei alledem bürdet sie aber den Beteiligten doch nur ein beschränktes Risiko auf, da dasselbe, in eine Unzahl kleiner Risiken zerlegt, sich auf viele Schultern verteilt, während der Privatunternehmer die ganze Last der Gefahr allein zu tragen hat.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Kreditfähigkeit. Die AG, mit einem von der Persönlichkeit de facto losgelösten Kapital ausgestattet, findet überall Vertrauen, das durch die Oeffentlichkeit der Verwaltung noch erhöht wird. Und das Publikum ist stets gerne bereit, der AG selbst unkündbaren Kredit zu gewähren; denn was ist die Ausgabe von Obligationen anders? Diese Möglichkeit, das Betriebskapital mit Hilfe des Kredits leicht zu vergrößern, ist in unserer auf Großbetrieb dringenden Zeit ein entschiedener Vorzug, doch schließt sie die große Gefahr des Mißbrauches ein.

Die Umwandlung von Einzelfirmen in AG ist trotz Erhöhung der Steuerlasten durch die doppelte Besteuerung der AG-Gesellschaft und Aktionär-, auf die Beschränkung des Risikos der früheren Geschäftsinhaber und auf die leichtere Kapitalbeschaffung zurückzuführen. Die Form der AG nimmt im schweizerischen Wirtschaftsleben eine hervorragende und führende Stellung ein[3]). Gerade die größten Privatunternehmun-

---

[2]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 6:
„Der Vorzug der AG liegt besonders darin, daß sie es ermöglicht, eine Mehrheit von kleinen Kapitalien zusammenzuschweißen und dieser Vereinigung die Stoßkraft des Großkapitals zu geben."

[3]) Am 30. September 1940 bestanden in der Schweiz nach den Angaben des eidg. statist. Amtes 17820 AG mit einem Grundkapital von zusammen 6 903 679 000 Fr.

gen sind in der Schweiz als AG konstituiert, weil eben die Verwirklichung eines großen Zweckes nur unter Mitwirkung Vieler möglich war, und diese Mitwirkung nur auf dem Wege der Aktienbeteiligung gewonnen werden konnte, oder weil andere typische Eigenschaften der AG diese Gesellschaftsform als zweckmäßig erscheinen ließen.

Die überragende wirtschaftliche Tragweite der Unternehmensform der AG berührt aber nicht nur private, sondern in weitgehendem Maße auch öffentlich-rechtliche Interessensphären. Schon die allgemeine aktienrechtliche Ordnung ist so zu gestalten, daß das öffentliche Wohl nicht beeinträchtigt wird. Bei gewissen AG, deren Betrieb einen weiten Kreis von Außenstehenden berührt, wie bei den Bank-, Eisenbahn- und Versicherungs-AG, wird durch eine eingehende Spezialordnung dieses gefährdete öffentliche Interesse besonders geschützt. Einem an der Wahrung seiner Rechte besonders interessierten Gemeinwesen kann ein Einfluß in der Verwaltung einer AG zugesichert werden (OR 762), in Verbindung mit einer Kapitalbeteiligung oder ohne solche.

II. Begriff und rechtliche Natur.

Begrifflich ist die AG eine „Gesellschaft, die mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet, unter eigener Firma mit einem zum voraus bestimmten und in Teilsummen (Aktien) zerlegten Kapital gebildet ist, und für deren Verbindlichkeiten das Gesellschaftsvermögen haftet, unter Ausschluß jeder persönlichen Haftung der Mitglieder (Aktionäre)“ (OR 620)[4]).

ZGB 52 anerkennt zwei rechtliche Strukturen der juristischen Person: K ö r p e r s c h a f t und A n s t a l t. Nach der im großen und ganzen übereinstimmenden Aussicht der Wissenschaft liegt das Wesen dieser beiden Rechtsinstitute darin, daß „die Körperschaft eine Mehrheit von natürlichen Personen und juristischen umfaßt, die sich in einer grundsätzlich freien Organisation zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu einem von den einzelnen Mitgliedern unabhängigen Gebilde zu-

[4]) Vgl. Guhl, II 274/5; Lehmann, k. I 132 ff.; Gyr 69. BGE 25. II. 22.

sammenschließen. Dem gegenüber stellt die Anstalt im wesentlichen die Bewidmung eines Vermögens mit einem bestimmten, festgelegten Zweck und mit unabänderlicher Organisation — im Rahmen freilich von ZGB 85/6 — dar, ohne Mitglieder und ohne Selbstverwaltung“[5]). Nach der herrschenden Auffassung kennzeichnet sich die AG als Körperschaft[6]). Dies vor allem dadurch, daß die Mitglieder der Körperschaft ein Anteilsrecht an deren Vermögen haben, sodaß dieses letztere zwar formell selbständig ist, aber materiell, dem Werte nach, sich im Vermögen der Mitglieder wieder findet. Die Mitgliedschaft zur AG ist korporativ-kapitalistisch[7]) und unterscheidet sich damit von der Mitgliedschaft zum Verein, die korporativ-personalistischen Charakter hat[8]).

Eine neue, vor einigen Jahren aufgetauchte Theorie, am eingehendsten wohl von Netter[9]) begründet, geht in der Betonung der Einheit und Selbständigkeit der AG so weit, die absolute Eigenwertigkeit des Verbandes zum Leitsatz zu erheben. Diese Theorie vom „Unternehmen an sich“ entkleidet die AG des letzten Restbestandes an persönlicher Gliederung und stellt deren Entpersönlichung und Versachlichung als Prinzip auf. Mit dem Gesellschaftsgedanken, wie ihn unser OR im Titel über die AG vertritt, ist diese Theorie des „Unternehmens an sich“ schlechterdings unvereinbar[10]).

Das eigenartige und wirtschaftlich so bedeutsame Rechtsgebilde der AG hat der Gesetzgeber mit einer Reihe von Schutzmaßnahmen umgeben, welche ihr Hauptmotiv in dem Ausschluß der persönlichen Haftung der Gesellschafter, der Aktionäre,

---

[5]) Vgl. Schäfer 21 ff.; Hafter: Zur Lehre von den jur. Personen nach dem Entwurf zu einem schweiz. ZGB, ZSchR 25, S. 61 ff.

[6]) Vgl. Gyr 69 ff.; Wieland II 4.

[7]) Typisch ist die Aeußerung des Berichterstatters Scherrer über das zu revid. OR im Nationalrat, Sten. Bull. NR 1934, S. 248: „Die AG ist nun einmal eine Kapitalgesellschaft; sie ist die Gesellschaftsform, die die Möglichkeit gibt, sich nur mit Geld und nicht persönlich zu beteiligen.“

[8]) Vgl. Ronner 3 ff.

[9]) Vgl. Netter: Zur aktienrechtlichen Theorie des „Unternehmens an sich“. Berlin und Leipzig, 1932.

[10]) Diese Theorie des „Unternehmens an sich“ wird denn auch in Deutschland von zahlreichen Schriftstellern abgelehnt. Vgl. Haußmann: Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim 1928. Homburger: Aufsichtsrat und Bilanzprüfer im neuen Aktienrecht, Berlin 1932.

für die Verpflichtungen der Gesellschaft und in der Statuierung eines festen Grundkapitals finden. Das Gesetz begnügt sich nicht nur mit der Bildung und Kundgabe dieses Haftungsstockes. Es hat die rechtlich erforderliche Grundlage erst dadurch geschaffen, daß es die mitgliedschaftlichen Interessen der Aktionäre in ihren wesentlichsten, finanziellen Aeußerungen hinter das Interesse der Gesellschaftsgläubiger zurückgestellt hat[11]).

Das geltende Aktienrecht der Schweiz bildet einen Teil des im OR enthaltenen gemeinschweizerischen Rechts. Mit dem Verzicht auf eine spezielle Handelsgesetzgebung und der Einreihung der aktienrechtlichen Normen in das System des geltenden, bürgerlichen Rechts ist ein materieller Zusammenhang mit allen übrigen obligationenrechtlichen Bestimmungen schon äußerlich gegeben.

§ 2. Die Gläubigerrechte im Bereiche der Aktiengesellschaft.

I. Gläubigerrechte im allgemeinen.

Gläubiger einer AG ist jede Person, welche „auf rechtgültige Weise einen vermögensrechtlichen Forderungsgrund gegen die Gesellschaft erlangt hat und besitzt“[1]). Unter Gläubigerrechten, auch Dritt- oder Fremdrechte genannt, sind somit solche Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen zu verstehen, welche Dritten in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger vertraglich zugesichert sind[2]). Hierbei kommen haupt-

---

[11]) Vgl. u. a.: OR 674/5: Dividendenverteilung, 732 ff.: Grundkapitalherabsetzung, 736 ff.: Auflösung.

Ueberall muß in diesen Fällen der Aktionär zusehen, wie seine finanziellen Interessen erst nach den Gläubigerinteressen Berücksichtigung finden.

[1]) Vgl. Hautle 45.

[2]) Komm. Bachmann, Art. 627, Anm. 2.

Dazu gehören aber auch Schadenersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen, die die Organe der AG (Verwaltung, Kontrollstelle, Liquidatoren) in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begehen (OR 718 III, 743 VI).

Vgl. dazu: Hautle 44/5; Henze 88, Silbernagel 45 betr. Deliktsfähigkeit der AG.

sächlich geschäftliche Verpflichtungen, die bei der Gründung und während des Betriebes einer Unternehmung in der Form einer AG entstehen, als Grundlage des Gläubigerverhältnisses in Betracht. Notwendig ist lediglich für alle diese Forderungen, daß sie von einem zuständigen Organ oder mit nachträglicher Genehmigung eines solchen im Namen der Gesellschaft begründet wurden. Dem Gesellschaftsgläubiger stehen also vermögensrechtliche Ansprüche nur zu, wenn sie durch das Handeln eines Organs oder eines Vertreters der AG entstanden sind[3]).

II. Die Gläubigerrechte des Aktionärs.

Jeder Forderungsberechtigte, dem ein wirklicher Gläubigeranspruch zusteht (vgl. I oben), ist der Gesellschaft gegenüber dritter Gläubiger, selbst wenn er ihr im übrigen, sei es als Aktionär, sei es als Mitglied eines Gesellschaftsorganes, nahe steht. Als gleichgestellter Gläubiger kommt der Aktionär zwar nie für seinen Aktienbetrag (OR 680 II)[4]), wohl aber für einzelne aus seiner Mitgliedschaft hervorgehende Vermögensrechte in Betracht. Als solche sind zu nennen: der Anspruch auf die rechtgültig festgestellte Dividende, auf Bauzinsen, auf die Liquidationsquote, d. h. auf einen verhältnismäßigen Anteil am Ergebnis der Liquidation, wenn die Gesellschaft nach Befriedigung aller Drittansprüche aufgelöst ist[5]).

Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Gewinn der Gesellschaft ist der wichtigste vermögensrechtliche Anspruch des

---

[3]) Vgl. Hautle 45; Wildi 136.

[4]) Der Aktionär ist nicht Gläubiger sondern Mitglied der Gesellschaft. Seine Einlage bildet einen Bestandteil des Grundkapitals, das in erster Linie zur Befriedigung der Gläubigeransprüche dient. Aus diesem Grunde kann der Aktionär den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern (OR 680 II) und im Konkurse der AG auch nicht als Gläubiger für den Nominalbetrag seiner Aktien auftreten. Darin liegt der Unterschied zwischen Aktionär und Obligationär. Letzterer gibt sein Geld nicht als Teil des Grundkapitals, sondern er gewährt der Gesellschaft ein Darlehen und tritt in diesem Umfang als wirklicher Gläubiger auf, so daß er seine Ansprüche auch im Konkurs geltend machen kann. Der Aktionär hat aber nicht nur kein Gläubigerrecht aus seiner Kapitalbeteiligung (OR 680 II), sondern auch keinen Anspruch auf deren Verzinsung (OR 675 I).

[5]) Vgl. Henze 75 ff., § 11 der vorliegenden Arbeit.

Aktionärs. Es wird in keinem Gesetze[6]) ausdrücklich als für die Aktie wesentlich erklärt, wird aber als so selbstverständlich sich aus ihr ergebend angesehen, daß wohl nirgends in aktienrechtlichen Quellen der dividendenlosen Aktie gedacht wird. Ohne irgendwie auf die rechtliche Natur des Dividendenrechts einzugehen, sei hier nur festgestellt, daß nach einheitlicher Auffassung der Wissenschaft dem Aktionär nach der Feststellung der Dividende (oder Vorzugsdividende) eine selbständige Forderung (Gläubigerrecht) auf die Ausbezahlung der rechtsgültig festgestellten Dividende eingeräumt wird[7]).

Eine Abweichung vom Zinsverbot für das Aktienkapital (OR 675 I) stellen die sog. Bauzinse dar. Der Gesetzgeber mußte diese Ausnahme zulassen, um das Kapital von der Beteiligung an Aktienunternehmungen, die einer langen Vorbereitungszeit bedürfen, nicht abzuhalten. Die Gewährung von solchen Bauzinsen ist aber an die Voraussetzungen von OR 676 gebunden. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, indem z. B. in den Statuten die Zinse nicht in bestimmter Höhe festgestellt sind, so ist das ganze Versprechen ungültig. Die herrschende Meinung betrachtet auch dieses Recht als Gläubigerrecht, das weder durch einfachen GV-Beschluß noch durch Aenderung der Statuten aufgehoben oder herabgesetzt werden kann[8]).

Ein Forderungsrecht gegen die Gesellschaft erwirbt der Aktionär in der Höhe des Nominalbetrages der Aktien aus dem durch die AG nach OR 659 vorgenommenen Erwerb eigener Aktien, und er ist berechtigt, dasselbe im Gesellschaftskonkurse zu realisieren[9]).

---

[6]) Vgl. Hallstein 222 ff.

[7]) Vgl. Meyer Michel 30 ff.; Meyer A. J. 66 ff.; Henze, 42, 74 ff.; Egger 284 ff.; Lehmann K. II 436.

Die Realisierung erfolgt von Seiten des Berechtigten mittels einer Erfüllungsklage. Realisierbar ist indes nur die im Rahmen von Gesetz und Statuten rechtsgültig festgesetzte Dividende. Vor der Genehmigung der Bilanz durch die GV ist das Dividendenrecht des Aktionärs nie mehr als die gesetzliche oder statutarische Norm für die Betätigung des Gesellschaftswillens.

[8]) Vgl. Egger 226; Komm. Bachmann 630, Anm. 5; BGE 37. II. 73 ff.

[9]) Vgl. Hautle 40; Henze 80.

III. Andere Forderungsrechte.

1. Die Gläubigerrechte der Genußscheininhaber.

Die Genußscheine der AG sind Wertpapiere, die ohne Mitgliedschaftspapiere (Aktien) zu sein[10]), einen Anspruch gegenüber der Gesellschaft entweder auf Reingewinn oder auf das Liquidationsergebnis oder auf Bezug neuer Aktien, oder gar auf alle diese Vorteile zusammen, verbriefen. Durch die Hingabe von Genußscheinen wird also weder ein aktienrechtliches noch irgend ein anderes gesellschaftliches Verhältnis begründet. Die Genußscheine können somit nichts Anderes als Gläubigerrechte verkörpern[11]). Der Wille der Gesellschaft, die Genußscheininhaber als außenstehende Dritte zu behandeln, geht meist auch aus den Statuten deutlich hervor, indem ihnen jede Einmischung in die Leitung der Gesellschaft abgesprochen wird[12]). Dieses System der grundsätzlichen Loslösung des Genußscheininhabers aus allen mitgliedschaftlichen Bindungen (OR 657 IV) hat den großen Vorteil, daß es für alle Fragen und Schwierigkeiten, die etwa entstehen könnten, eine befriedigende Lösung gibt. Als Gläubiger kann der Genußscheininhaber seine Rechte auf Grund des Schuldverhältnisses nach längst feststehenden Regeln geltend machen, während seine Stellung im Rahmen einer Mitgliedschaft sehr umstritten wäre.

Die Genußscheine sind auch nicht Obligationen, sondern treten ihnen nur in dem Punkte nahe, daß beides Wertpapiere sind und der AG gegenüber Gläubigerrechte begründen, wobei Schuldgrund und Gegenstand der Leistung aber verschieden sind[13]).

---

[10]) Dazu fehlt ihnen vor allem die Beteiligung am Grundkapital. Vgl. BGE 31. II. 451, wo auch das Bundesgericht den Genußschein nicht als Aktie anerkennt.

[11]) Vgl. Wolff 21.

[12]) Vgl. für die Verwendungsmöglichkeiten der Genußscheine: Wolff 7. Die in OR 657 I enthaltene Beschränkung der Ausgabe von Genußscheinen (... zugunsten solcher Personen ...) ist zwingendes Recht. Sie gewährt immerhin in sich mannigfaltige Möglichkeiten. Sog. Genußaktien wie sie die OR-Entwürfe vorsahen, kennt das OR nicht.

[13]) Vgl. OR 657 III: Genußscheininhabergemeinschaft analog der Anleihengläubigergemeinschaft.

Ohne Schwierigkeiten lassen sich die Genußscheine dagegen unter den Begriff der partiarischen Rechtsgeschäfte[14]) einreihen. In dieses System werden alle wirtschaftlichen Erscheinungen zusammengefaßt, nach welchen gewisse Personen, ohne selbst Teilhaber zu sein, Anteil am Gewinn eines Unternehmens haben. Dadurch wird an der obligatorischen Natur dieser Scheine nichts geändert.

2. Die Obligationengläubiger.

Die Obligationäre sind, wie man heute allgemein annimmt, Gesellschaftsgläubiger, die der AG gegenüber für das aufgenommene Leihkapital ein festes, nicht vom Reingewinn abhängiges Zinsenrecht besitzen, das sie nötigenfalls auf dem Exekutionswege der Konkursbetreibung geltend machen können[15]). Die AG sucht oft ihre z. T. sehr großen Geldbedürfnisse auf dem Wege der öffentlichen Anleihe zu befriedigen. Meist geschieht es, um mit den aufgenommenen Mitteln das Betriebskapital zu erhöhen. Die zu kontrahierende Schuld wird in zahlreiche Teile zerlegt und für jeden Teil wird ein besonderer Schuldschein, die Obligation, ausgestellt. Die Obligation enthält, im Gegensatz zur Aktie, eine Forderung gegen die AG und trägt einen zum voraus bestimmten festen Zins, der unabhängig vom Ertrag der Unternehmung zu zahlen ist und mit einem bestimmten Tag ohne weiteres fällig wird. Der Gläubigeranspruch aus der Obligation geht somit auf Zins und Kapital der Obligation. Für diese Ansprüche hat der Obligationär kein Vorrecht gegenüber anderen Gläubigeransprüchen gegen die AG und tritt im Konkurse der AG damit neben die andern Ansprüche. Im Titel über die „Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen“[16]) gibt das OR indes den Anleihungsgläubigern zur besseren Verfechtung ihrer gemeinsamen Interessen gewisse Rechte, die über die Befugnisse der gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger hinausgehen (OR 1157—1182).

[14]) Vgl. Guhl I 185; Wolff 24.
[15]) Vgl. Hautle 42; Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 269.
[16]) Heute gilt noch die VO vom 20. Februar 1918 und Abänderungen.

3. Salär- und Tantièmenansprüche.

Die Gehaltsansprüche der Beamten und Angestellten im Dienste der AG sind, soweit sie verfallen sind, richtige Drittansprüche und können im Konkurse der AG eingegeben werden, wo sie das „Lohnforderungsprivileg" in der ersten Klasse nach SchKG 219 genießen[17]). Tantièmenansprüche der Verwaltungsratsmitglieder die nur aus dem Reingewinn und unter Beobachtung der in OR 677 vorgeschriebenen Diligenzien ausgerichtet werden dürfen, erlangen Gläubigeranspruchsqualität erst mit ihrer rechtsgültigen Festsetzung.

2. Abschnitt.

Der Rechtsverkehr mit der Aktiengesellschaft und der Schutz der Gläubiger.

§ 3. Normativsystem, Oeffentlichkeitsprinzip und Handelsregistereintrag.

I. Das Normativsystem.

Das Verhältnis des Staates zur AG hat im Laufe der Zeit gewechselt und ist noch heute in den einzelnen Ländern keineswegs das gleiche[1]). Nicht den kleinsten Einfluß auf die Gestaltung dieser Beziehungen zwischen AG und Staat hatte die eigenartige sachliche Haftung besonders der kontinentalen AG, wo nur ein bestimmter, von der sonst im Rechtsleben allgemein geltenden persönlichen Haftung losgelöster Vermögenskomplex — das Grundkapital — für die Schulden haftet. Diese Rechtslage hat in hohem Maße ein Schutzbedürfnis der Gläubiger der AG zur Folge. Das führt dazu, daß bei der staatlichen Anerkennung der AG und ihrer Zulassung zum Rechtsverkehr als selbständiges Rechtssubjekt und insonderheit bei ihrer ge-

[17]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 272.
[1]) Vgl. Hagmann 2 ff.

setzlichen Regelung, Maßnahmen zum Schutze der Gläubiger gegenüber der AG Aufgabe des Staates werden, selbst da, wo eine auf liberaler Grundlage bestehende Ordnung besteht und staatliches Eingreifen in die privaten Rechtsbeziehungen sonst verpönt ist.

Die Entwicklung der Beziehungen zwischen Staat und AG beginnt mit der Periode des sog. Octrois[2]).

Aus dem Octroi-System entwickelte sich das mit den Auffassungen des Polizeistaates zusammenhängende Konzessions-System. Der Fortschritt gegenüber dem Octroisystem besteht in der Aufstellung allgemeiner Normen für alle AG. Sowohl mit Bezug auf die territoriale Ausdehnung, wie auch auf die juristische Eigenart kommt dem Konzessionssystem vor dem aOR von 1881 in der Schweiz die größte Bedeutung zu[3]).

Unter dem Einfluß der französischen Gesetzgebung verließ 1864 Genf das Konzessionssystem und ging über zum System der Normativbestimmungen. Die Bevormundung der Gesellschaft wird zwar nicht ganz aufgehoben, jedoch auf ein Mindestmaß beschränkt, indem das Gesetz die Bedingungen, denen sich eine AG unterwerfen muß, um als Rechtsperson in den Verkehr treten zu können, fixiert.

Das Normativsystem wurde 1881 bei der Vereinheitlichung des Handelsrechts in weiter Vervollkommnung vom OR aufgenommen und auch das heutige revidierte OR von 1936/7 huldigt diesem System. Das System der Normativbestimmungen setzt an die Stelle der unmittelbaren Verwaltungskontrolle gegenüber der einzelnen AG die allgemeine Norm. Die Präventivfunktion, die beim Konzessionssystem die Staatsbehörde ausübt, ist im Gefüge des Gesetzes selbst verankert[4]). Die Vorbedingungen zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit bestehen alle objektiv. Die Gründer, die diese Vorbedingungen erfüllt haben, besitzen ein subjektives Recht auf Errichtung der AG[5]).

---

[2]) Vgl. Lehmann K. I 285; Benz 17.

[3]) Vgl. Hagmann 3.
Ein Ueberrest des Konzessionssystems findet sich bei der Sitzverlegung einer AG vom Ausland in die Schweiz mit Bewilligung des Bundesrates. Schluß- und Uebergangsbestimmungen zum OR 14.

[4]) Vgl. Benz 34 ff.

[5]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 281.

Indem das Normativsystem an die Stelle konkreten Ermessens der Polizeibehörde allgemeine Normen setzt, ist es gezwungen, für die Sicherheit des Verkehrs gewisse Garantien zu schaffen. Dies geschieht dadurch, daß der Werdegang wie das Funktionieren der AG durch detaillierte, das Interesse der Gläubiger wie der Mitglieder berücksichtigende Vorschriften geordnet werden. Die richtige Konsequenz des Systems der Normativbestimmungen sind zwei Grundsätze, die alle Gesetzgebungen, die diesem System gefolgt sind, beherrschen: Oeffentlichkeit und Verantwortlichkeit.

Munzinger[6]) stellte diese Postulate schon für seinen Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts als leitende Gesichtspunkte auf: Oeffentlichkeit der Verwaltung, der Rechnungsstellung, der wichtigsten Vorgänge im Leben der AG, und dies besonders, wenn Interessen Dritter berührt werden; Verantwortlichkeit der Aktionäre für ihre Zeichnungserklärungen und der Gesellschaftsorgane für ihre Verwaltungshandlungen[7]).

II. Das Oeffentlichkeitsprinzip und der Handelsregistereintrag.

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit erheischt, daß alle Vorgänge des Gesellschaftslebens, die von Wichtigkeit für das große Publikum und vor allem für die Gläubiger sein können, zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden — im Handelsregister —, damit Dritte, die in rechtliche Beziehung zur AG treten wollen oder schon stehen, die nötige Aufklärung über die Lage der Gesellschaft sich verschaffen und so ihr Verhalten der AG gegenüber bestimmen können. Der sich auf die Kundmachungen[8]) gründende Realkredit der AG wird verstärkt und erhöht durch den öffentlichen Glauben, den die Publizitätsakte in öffentlichen Registern nach ZGB 9 genießen[9]). Der Gläubiger

---

[6]) Vgl. Munzinger: Motive zum Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts, 1865, S. 120 ff.

[7]) Vgl. über die Verantwortlichkeit: III. Teil dieser Arbeit.

[8]) Vgl. Wieland I 219: Wesentlicher Zweck der Eintragung ist die Klarlegung der Haftungsverhältnisse.

[9]) Der öffentliche Glaube ist geschützt durch das BG betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923.

kann sich daher stets auf die Publizitätsakte berufen, es sei denn, daß er das Gegenteil kannte oder kennen mußte.

Gemäß HRVO 9 kann ein Gläubiger gegen Entrichtung der festgesetzten Gebühren verlangen, daß ihm der Handelsregisterführer Auskunft über den Inhalt des Registers erteile und ihm die Möglichkeit der Einsicht in dieses wie in die Belege gebe. Auch kann er Auszüge oder Bescheinigungen über den Inhalt des Registers, sowie auch darüber, daß eine bestimmte Tatsache nicht eingetragen ist, verlangen. Damit ist dem Grundsatz der Oeffentlichkeit nach OR 930 Genüge getan.

Die Eintragungen im Handelsregister sollen, soweit nicht nur eine Teil- oder auszugsweise Bekanntmachung durch das Gesetz oder die HRVO vorgeschrieben ist, ihrem ganzen Inhalt nach ohne Verzug durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekannt gemacht werden (OR 931). Zudem haben alle vom Gesetz vorgeschriebenen Veröffentlichungen im Schweiz. Handelsamtsblatt zu erfolgen (OR 931 II in Verbindung mit 681/2, 696 III, 700, 742 II, 748). Gegenüber Dritten wird eine Eintragung im Handelsregister erst an dem nächsten Werktage wirksam, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Handelsamtsblattes folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist. Dieser Werktag ist auch der maßgebende Tag für den Lauf einer Frist, die mit der Veröffentlichung der Eintragung beginnt (OR 932 II).

Was die im Handelsregister einzutragenden und im Handelsamtsblatt zu veröffentlichenden Tatsachen betrifft, so hat das OR vorzüglich für folgende die Publizität normiert: der Statuteninhalt (OR 641), Statutenänderungen (OR 647), Auflösung (OR 737), die zur Vertretung berechtigten Mitglieder der Verwaltung (OR 720), die Liquidatoren (OR 740 II), Zweigniederlassungen (OR 642)[10]).

[10]) Vgl. v. Steiger 15 ff.

III. Die Registerbehörden und ihre Prüfungspflicht.

Die Führung des Handelsregisters ist in der Schweiz nicht zentralisiert, sondern es ist den Kantonen überlassen, die Behörde und die Art der Führung (kantons- oder bezirksweise) zu bestimmen (HRVO 7). Die Anmeldung von Tatsachen behufs Eintragung, bezw. die Einreichung von Schriftstücken, hat demgemäß bei der kompetenten Registerbehörde zu erfolgen, d. h. bei der Registerbehörde, in deren Bezirk oder Kanton die AG ihren Sitz hat. Besitzt die AG Zweigniederlassungen, so ist bei der Registerbehörde des Sitzes der Zweigniederlassung gleichfalls eine Anmeldung vorzunehmen.

HRVO 38 verlangt die Wahrheit der Eintragungen im Handelsregister und fordert zudem, daß sie zu keinen Täuschungen Anlaß geben und keinem öffentlichen Interesse widersprechen. Das Bundesgericht, dem die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Handelsregistersachen übertragen worden ist[11]), hat in Abweichung seiner früheren Praxis erklärt[12]), daß „die Registerbehörden das Recht und die Pflicht hätten, zu prüfen, ob die Tatsachen gegeben sind, die eine Eintragung als wahr und rechtlich begründet erscheinen lassen". Der Registerführer kann die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anstellen und insbesondere von den Parteien die ihm notwendig erscheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen verlangen. Er ist dazu verpflichtet, wenn er irgendwelche Veranlassung hat, den Parteierklärungen nicht zu glauben, und er soll unter keinen Umständen angemeldete Tatsachen, deren Unwahrheit ihm bekannt ist, in das Handelsregister eintragen (OR 940, HRVO 21, 38, 60, 89)[13]).

Die Eintragung im Sinne des OR ist erst dann endgültig erfolgt, wenn sie vom eidgenössischen Handelsregisteramt in Bern genehmigt ist. Die Genehmigung äußert sich in der Regel in der Publikation durch das Handelsamtsblatt. Sobald die Genehmigung stattgefunden hat, kann vom Handelsregisterbureau

[11]) Durch das BG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928.

[12]) Vgl. BGE 56. I. 59 im Gegensatz zu BGE 55. I. 191.

[13]) Vgl. BGE 55. I. 136, 195, 64. II. 363.

auch ein Auszug über die Eintragung verabfolgt werden. Auszüge früher zu erteilen wäre Mißbrauch.

Der allgemeine Grundsatz, daß der Registerführer formrichtig gestellten Eintragsbegehren, deren Richtigkeit an sich nicht angezweifelt werden muß, ohne weiteres Folge geben soll, hat auch im Bereiche der AG Geltung. Für die Frage des Gläubigerschutzes ist in diesem Zusammenhang insonderheit HRVO 32 II von Wichtigkeit[14]).

Auf vollzogene Eintragungen kann der Registerführer dagegen in der Regel nicht mehr zurückkommen. Ein Gläubiger, der gegen eine vollzogene Eintragung wegen Verletzung seiner Rechte beim Handelsregisterführer Einspruch erhebt, ist von diesem an den Richter zu weisen, wenn er sich nicht auf Vorschriften beruft, die die Registerbehörde von Amtes wegen zu beobachten hat (HRVO 32 I). Ein Registereintrag kann nachträglich annulliert werden, wenn es sich herausstellt, daß er in Mißachtung der Handelsregistervorschriften vorgenommen wurde. Ein Zurückkommen auf die vollzogene Eintragung darf aber nur erfolgen, wenn der Verstoß ein wesentliches Element betrifft[15]), oder wenn der Registerführer getäuscht worden ist[16]).

Indirekt wird im Bereiche des Handelsregisters der Schutz der Gläubiger wie Dritter überhaupt gewährleistet durch die Beaufsichtigung der Registerbehörden durch die Kantonalen Aufsichtsbehörden und das eidgenössische Handelsregisteramt, das direkt dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement unterstellt ist (HRVO 3—5, 114—119). Nach OR 928 sind die Handelsregisterführer und die ihnen unmittelbar vorgesetzten Aufsichtsbehörden persönlich für allen Schaden haftbar, den sie

---

[14]) HRVO 32 II sagt:

„Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, so hat der Registerführer dem Einsprechenden eine nach dem kantonalen Prozeßrecht genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters einzuräumen. Wenn innert dieser Frist der Richter die Eintragung nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen, sofern im übrigen ihre Voraussetzungen erfüllt sind."

[15]) Vgl. Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Auflage, S. 203/6.

[16]) Vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 26. November 1935 i. S. Renk und von Scheele.

selbst oder die von ihnen ernennten Angestellten durch ihr Verschulden verursachen. Die Haftung des Kantons ist dagegen subsidiär, zum Unterschied von der primären Haftung der Kantone bei Verschulden der Grundbuchführer (ZGB 955). Diese Haftung besteht ohne weiteres auch gegenüber geschädigten Gesellschaftsgläubigern. Die Verjährung eines solchen Anspruchs regelt sich m. E. nach OR 60.

§ 4. Die Bargründung der Aktiengesellschaft.

I. Der Gründungshergang.

Unter dem Begriff der G r ü n d u n g versteht man alle diejenigen Vorgänge und Rechtshandlungen, die auf die Entstehung der AG hinzielen[1]). Der Gründungsvorgang, der in unserem Gesetz durch Normativbestimmungen geordnet ist, setzt sich zusammen aus der Aufstellung des Statutenentwurfs, aus den Maßnahmen zur Beschaffung des Grundkapitals[2]), aus dem eigentlichen Gründungsakt und aus der Verleihung der juristischen Persönlichkeit[3]). Diejenigen Personen, die alle diese Vorgänge herbeiführen, sind „Gründer" in des Wortes allgemeinster Bedeutung. Die Gründer schließen sich vertraglich zu einer sog. Gründergesellschaft zusammen. Unser OR schweigt sich über die juristische Natur dieser Gründergesellschaft im Titel über die AG völlig aus. Dieser vertragliche Zusammenschluß ist daher als einfache Gesellschaft, mit dem zeitlich begrenzten Zweck der Gründung einer AG, zu konstruieren[4]). Die Mitgliederzahl muß mindestens drei betragen, was sich indirekt aus OR 625 I ergibt. Der Charakter als einfache Gesellschaft folgt auch aus der persönlichen und solidarischen Haftung der Gründer vor der Gründung der AG nach OR 645 I.

---

[1]) Vgl. Huber 6.

[2]) Dem Wesen der AG entsprechend ist das Ziel der Gründung die Sicherung der Existenz des Grundkapitals durch Zeichnung aller Aktien, sei es durch Barzeichnung oder Sacheinlage. Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 223.

[3]) Vgl. Guhl 278.

[4]) BGE 25. II. 81; Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 80.

Der für das Bestehen und spätere Gedeihen der AG wichtigste Gründungsvorgang ist die Beschaffung des Grundkapitals. Das Gesetz sieht hiefür, entsprechend den zwei Gründungsarten, zwei Wege vor:

Bei der Simultangründung, die weitaus häufiger vorkommt[5]), zeichnen die Gründer selbst, und nur sie, das ganze Aktienkapital und zahlen es ein. Ueber den Gründungsvertrag wird eine öffentliche Urkunde aufgenommen (OR 638/9).

Bei der Sukzessivgründung wenden sich die Gründer an die Oeffentlichkeit, an Dritte, mit der Aufforderung zur Aktienzeichnung und zur Beteiligung am Gründungsvorgang. In OR 631 ist für diese öffentliche Aufforderung der Prospektzwang vorgesehen. Entbehrlich ist der Prospekt nur, wenn die nötigen Angaben in den Zeichnungsscheinen enthalten sind (OR 631 II).

Nach der Art, wie das Grundkapital aufgebracht wird, wird auch unterschieden zwischen einfacher und qualifizierter Gründung. Bei der einfachen Gründung machen Gründer und Zeichner alle ihre Einlagen in barem Geld. Bei der qualifizierten Gründung dagegen, die weitaus häufiger vorkommt, werden von einzelnen Aktionären an Stelle der Bareinzahlungen Sachen eingebracht, die einen Verkehrswert repräsentieren. Die Möglichkeit der Schädigung durch falsche Wertung oder übertriebene Schätzung der Sacheinlagen ist bei der qualifizierten Gründung naturgemäß am größten. Die qualifizierte Gründung findet daher in § 5 eine spezielle Behandlung.

Ist das in Aussicht genommene Kapital, das mindestens Fr. 50 000.— betragen muß (OR 621), gesichert, so kann zur formellen Gründung geschritten werden[6]). Bis dahin sind die An-

---

[5]) Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 7: Die Mithilfe des Publikums wird nach der Gründung und Eintragung gesucht, indem die Aktien der schon bestehenden Gesellschaft bei den Kunden der Banken oder durch Kotierung an der Börse abgestoßen werden.

[6]) Konstituierende GV (OR 634—637), Anmeldung beim Handelsregister, Prüfung durch den Handelsregisterführer, Eintrag, wodurch die juristische Persönlichkeit erlangt wird (OR 640—643), Publikation im Handelsamtsblatt.

Mit dem Eintrag treten dann die für die AG typischen Rechtswirkungen, die genau in der Gestalt mit keiner anderen Verbandsform erreicht werden können, unabhängig vom Parteiwillen von Gesetzes wegen ein (Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 1).

gaben der handelnden Initianten in Prospekten und Zirkularen, mit denen sie zur Beteiligung an der Gründung einladen, sowie im Statutenentwurf, meist die einzigen Anhaltspunkte, welche dem außenstehenden Dritten über das Gründungsprojekt Aufschluß geben.

II. Die Auflösungsklage der Gläubiger aus mangelhafter Gründung.

Die Wirkung der vollendeten Gründung der AG im Handelsregister ist eine definitive, rechtsbegründende. Die Eintragung reicht nach OR 643 II so weit, daß das Recht der Persönlichkeit auch dann erworben wird, wenn die Voraussetzungen der Eintragung nicht vorhanden waren[7]). Das revidierte OR gibt aber als Korrektiv[8]) dazu, den Gesellschaftsgläubigern, die durch Mißachtung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften bei der Gründung in „erheblichem Maße" in ihren Interessen gefährdet sind oder gar verletzt sind, eine Klage auf Auflösung der AG beim zuständigen Richter am Sitz der Gesellschaft. Nach Anhebung der Klage kann der Richter auf Begehren des oder der klagenden Gläubiger vorsorgliche Maßnahmen anordnen. Die Frist zur Anhebung der Klage beträgt drei Monate vom Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung im Handelsamtsblatt (OR 643 III).

Wesentlich, und daher die Auflösungsklage rechfertigend sind nur solche Mängel, die die Gesellschaft geradezu wirtschaftlich lebensunfähig machen, so daß ihr Fortbestehen für Dritte eine Gefahr bedeutet: Mangel der Vollzeichnung des Grundkapitals, Uebergründung i. S. der Ueberschätzung von Sacheinlagen. Wie weit der Mangel reicht ist Sache des verständigen richterlichen Ermessens[9]). Die jedem Interessenten,

---

[7]) Vgl. zu dieser sog. „Heilungstheorie" die BGE 15. 629, 33. II. 161, 39. II. 533, 41. II. 590.

[8]) Vgl. Hagmann 68 ff., ebenso die Arbeit von Hery.

[9]) Vgl. Hagmann 71.

Nach Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 56 kommt die Auflösungsklage wegen Gründungsmängeln nach OR 643 auch bei den auf dem Wege der Aktivierung des Aktienmantels gegründeten AG zur Anwendung, und es gilt die gleiche Frist und Antragsrecht der Gläubiger.

der Gläubigerqualität besitzt, zustehende Klage geht richtigerweise auf Auflösung, nicht wie Fick postulierte, auf Nichtigkeit, indem dadurch klargestellt ist, daß bereits abgeschlossene Geschäfte gültig bleiben und das Vermögen, wie in den übrigen Fällen der Auflösung (vgl. § 11) zugunsten der Gläubiger liquidiert wird.

III. Aktie und Aktienzeichnung.

Der Begriff der Aktie hat in der Literatur eine dreifache Bedeutung[10]):

a) als Teilbetrag des Grundkapitals,

b) als Inbegriff der Rechte und Pflichten des Aktionärs gegenüber der AG,

c) als Urkunde, die diese Rechte und Pflichten verbrieft.

Der Erwerb der Mitgliedschaft an einer AG kann ohne Erwerb der Aktie nicht erfolgen[11]).

Bei der Sukzessivgründung übernehmen die Gründer nicht selbst alle Aktien. Es treten zu ihnen noch andere Personen, die durch Prospekte, Zirkulare etc. aufgefordert worden sind. Es sind dies die Zeichner. Das Mittel ihres Beitrittes ist die Aktienzeichnung, die dem Aktienrecht unterstellt ist. In gesetzlicher Form erklärt sich der Zeichner zur Uebernahme von Aktien bereit, d. h. bereit, eine bestimmte Summe an die Aufbringung des Grundkapitals der zukünftigen AG beizutragen und so deren Mitglied zu werden.

Die Zeichnung der Aktie bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des zukünftigen Aktionärs unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Statutenentwurf und gegebenenfalls auf den Prospekt. Diese Erklärung verpflichtet nur unter der Voraussetzung, daß die Gesellschaft zustande kommt (OR 632). Durch die Zeichnung der Aktien soll das Grundkapital, d. h. der den Gläubigern reservierte Haftungsfonds

---

[10]) Vgl. Lehmann K. I. 172; Silbernagel 72; Curti 274; Dick 17. Passow: Die AG, Jena 1922, S. 144.

[11]) Kom. OR V. 5. Art. 622, N. 65/6 bezeichnet die Aktie als deklaratorisches, nicht konstitutives Wertpapier, das Mitgliedschaftsrechte nicht Forderungsrechte verbrieft.

der AG, aufgebracht werden[12]). Die Zeichnung einer Aktie hat also rechtlich die Bedeutung der Uebernahme eines entsprechenden Teiles des Grundkapitals[13]). Im Laufe einer langen Entwicklung wurden sich Literatur und Gerichtspraxis darüber einig, daß der Zeichner mit der Aktienzeichnung eine Verpflichtung dreifacher Art eingehe:

a) gegenüber den Gründern, resp. den Mitaktionären,
b) gegenüber der zu gründenden AG,
c) gegenüber den zukünftigen Gläubigern der AG[14]).

Besonders die letzte dieser Verpflichtungen hat das Bundesgericht mehrfach beschäftigt. In einem Entscheid[15]), der für alle späteren als Vorbild galt, hat das Bundesgericht ausgeführt:

„Die im Aktienübernahmevertrag enthaltene Beitrittserklärung zur AG begründet zugleich eine Erklärung nach außen, im Verhältnis zu Dritten, nämlich zu den Gläubigern der AG, in dem Sinne, daß der durch die Subskription resp. Uebernahme der Aktien repräsentierte Vermögenswert zugunsten dieser Gläubiger gewissermaßen als Garantiekapital haften soll. Dabei geht es nicht an, im einzelnen Fall zu untersuchen, ob auch ohne den vom betreffenden Aktionär übernommenen Aktienbetrag die Befriedigung der Gläubiger der AG möglich sei oder nicht .... Während des Bestehens der AG und vor der Durchführung der Liquidation mit den Gläubigern muß jedenfalls das Aktienkapital intakt bleiben."

Nach dem Reichsgericht hat die Zeichnungserklärung, gleichgültig ob bei der Gründung der AG oder bei Kapitalerhöhung abgegeben, einen „rechtspolizeilichen Charakter"[16]).

---

[12]) Die wirkliche Bildung des Grundkapitals erfolgt natürlich nicht durch die Zeichnung, sondern durch die spätere Liberierung der gezeichneten Aktien. Vgl. Dick 14; Wieland II, 3.

[13]) Ueber das Wesen der Aktienzeichnung bestehen verschiedene Theorien: Vertrags-, Willensakttheorie etc.

[14]) Vgl. Gyr 69 ff.; BGE 32. II. 100, 39. II. 533, 41. II. 717, 51. II. 177; Urteil vom 23. 10. 1936.

[15]) Vgl. BGE 32. II. 100.

[16]) Vgl. RGE 54 Nr. 9, S. 129 ff. Dazu v. Tuhr, der allgem. Teil des deutschen BGB, 1910, S. 480.

Aus diesen Erwägungen heraus, daß die mitgliedschaftlichen Interessen der Aktionäre in ihren wesentlichsten Aeußerungen hinter das Interesse der Gesellschaftsgläubiger zurückzustellen sind, hat auch die Gerichtspraxis[17]) einem Zeichner, der seinen versprochenen Betrag ganz oder z. T. noch nicht geleistet hat, der Gesellschaft oder der Konkursverwaltung gegenüber, die von ihm die Einzahlung verlangt, die Einrede versagt, sein Versprechen sei einseitig unverbindlich, weil er durch Irrtum erweckende oder betrügerische Machenschaften der Gründer oder der Organe der AG zur Zeichnung veranlaßt worden sei. Eine solche Entscheidung ist m. E. die richtige Konsequenz aus dem Wesen der AG als einer Gesellschaft mit reiner Kapitalhaftung. Die sowohl zum Schutze des mit der AG kontrahierenden Publikums-, d. h. der Gläubiger- als im Interesse der Gesamtheit der Aktionäre getroffenen Vorschriften können nicht dadurch außer Wirksamkeit gesetzt werden, daß im Einzelfall ein Aktionär durch schuldhaftes Verhalten der Gründer oder der Gesellschaftsorgane zu seiner Beteiligung veranlaßt wurde[18]).

IV. Agio und Disagio.

Unter A g i o versteht man den Mehrerlös aus einer Aktie bei der Emission über ihren Nennwert hinaus. Wenn der Emissionspreis unter dem Nennwert liegt, spricht man von D i s a g i o. Die Totalität der Aktien muß das Grundkapital ergeben. Das Agio ist somit eine Leistung des Aktionärs über das Grundkapital hinaus. Da indes durch das Agio keine Rechte

---

[17]) Vgl. 32. II. 100.

[18]) Da die Interessen der Gläubiger die materielle Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung fordern, haben Wissenschaft und Gerichtspraxis überwiegend angenommen, daß der durch die Organe betrügerisch zur Zeichnung veranlaßte Aktionär keine Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaft selbst habe, oder doch nur solche, die den Interessen der gewöhnlichen Gläubiger nachstehen (vgl. BGE 32. II. 100, 43. III. 149, Gyr: 91). Die Verantwortlichkeit der haftbaren Organe bleibt dagegen vorbehalten. Auch der actio doli, mit der ein Aktionär eine geleistete Einlage zurückzuziehen versucht, muß aus denselben Erwägungen heraus die Wirkung versagt bleiben (vgl. Wieland, ZfgHR 64, S. 58 ff.).

Auch auf sein Strohmännertum kann sich ein Aktienzeichner, der auf Bezahlung seiner Einlage belangt wird, nicht berufen (vgl. BGE 15. 627, 39. II. 533).

Dritter, insonderheit nicht der Gläubiger, berührt werden, hat die Praxis von jeher Agioemissionen durchgeführt. Das revidierte OR hat dem Rechnung getragen in den Art. 624, 631 II Ziff. 6, 632 III, 671 II Ziff. 1.

Im Gegensatz zum Agio, das vom Gesetz gebilligt ist, stünde ein Disagio im Widerspruch mit der Rechtsnatur der AG und der Aktie. Wie das Agio eine Leistung des Aktionärs an das Vermögen der AG darstellt, so könnte das Disagio umgekehrt[19]) als Leistung der AG an die Aktionäre aufgefaßt werden. Dabei ist aber zu beachten, daß die bestehende oder zukünftige AG eine solche Leistung nicht aus ihrem Vermögen machen würde, sondern aus ihrem Grundkapital[20]), und dies gegenüber denjenigen Personen, die verpflichtet wären, dieses Grundkapital, das in erster Linie den Gläubigern haften soll, aufzubringen. Im Interesse der dadurch geschädigten Gläubiger hat das Gesetz das Disagio verboten, was sich zwingend per argumentum e contrario aus OR 624 I ergibt[21]). Ein Vorbehalt wird in OR 681/2 zugunsten der Ausgabe neuer Aktien gemacht, die an die Stelle ausgefallener Aktien treten.

V. Die Einzahlung der Bareinlage.

Neben der Barzahlung wird die Einzahlung durch Scheck, Wechsel und Verrechnung als zulässig erachtet[22]). Nach SchKG 213 III ist allerdings im Falle des Konkurses der AG die Verrechnung des Aktionärs für seinen noch nicht bezahlten Anteil mit einer ihm gegen die AG zustehenden Forderung nicht gestattet, indem darin eine Durchbrechung von OR 680 II läge.

---

[19]) Vgl. Dick 16.

[20]) Die Unterpari-Emission von Aktien ist verboten, weil sie dem Grundprinzip unseres Aktienrechtes, daß das Grundkapital vollwertig gedeckt sein müsse, widerspricht.

Vgl. Komm. OR V. 5. Art. 624, N. 7: Wenn trotz der Unterpari-Emission von Aktien bei der Gründung der Eintrag vorgenommen wird und OR 643 III nicht zur Anwendung kommt, so muß diese Gewährung eines Disagios den Gläubigern gegenüber als unwirksam angesehen werden, sodaß die Aktionäre im Konkurse der AG zur Nachzahlung des Disagios verpflichtet sind, in Anlehnung an OR 678/9.

[21]) Die Sanktion liegt in der persönlichen Verantwortlichkeit der schuldigen Organe.

[22]) Vgl. Die Arbeit von Syz. Wettstein: in SchwAG 1932/33, S. 21 ff.

VI. Die Stellung der Gläubiger bei Rechtsgeschäften im Gründungsstadium.

Sehr oft schließen die Gründer Rechtsgeschäfte für die AG ab, bevor diese durch Eintrag im Handelsregister die juristische Persönlichkeit und damit die Rechtsfähigkeit erlangt hat. Wiewohl die Haftung aus Stellvertretungs- resp. Geschäftsführungsverhältnissen sich nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen richtet, so soll hier doch die spezifisch aktienrechtliche Seite der Gläubigerstellung knapp beleuchtet werden.

Ein Gläubiger, dem sich ein Gründer in eigenem Namen, wenn auch im Interesse der zu gründenden AG verpflichtet hat, kann nur den betreffenden Gründer belangen. Ob ihm aus diesem Rechtsgeschäft alle Gründer zusammen verpflichtet sind, bemißt sich nach der Vertretungsmacht des einzelnen Gründers im Verhältnis zu der Gründergesellschaft, die sich, wenn nicht eine besondere Gesellschaftsform ausdrücklich gewählt wurde, als einfache Gesellschaft darstellt (vgl. § 4, I, OR 543 ff.). Erst wenn nach vollendeter Gründung zwischen den Gründern und der AG ein Schuldübernahmevertrag, dieses Rechtsgeschäft im speziellen oder überhaupt alle von den Gründern im Interesse der zu gründenden AG getätigten betreffend, stattgefunden hat, — wozu aber der Gläubiger einwilligen muß —, werden die Gründer von der Haftung befreit und dem Gläubiger haftet die AG mit ihrem Grundkapital.

Wenn die Gründer ausdrücklich im Namen der zu gründenden AG gehandelt haben, so hat die Gesellschaft nach erfolgtem Eintrag im Handelsregister, binnen drei Monaten das Recht, in diese Rechtsgeschäfte einzutreten, was auch stillschweigend, durch konkludentes Handeln erfolgen kann. Macht die AG davon Gebrauch, so werden die Gründer befreit, und es haftet nur das Gesellschaftskapital (OR 645 II). Der Gläubiger muß sich also an die Gesellschaft halten. Wird die Verpflichtung erst später von der AG übernommen als binnen drei Monaten, so bleibt die Haftung der Gründer bestehen, so daß der Gläubiger die Wahl in der Belangung der Gesellschaft oder der Gründer hat[23]).

[23]) Vgl. BGE 26. II. 676; Bachmann Komm. Art. 623, Anm. 6.

Schlossen indes die Gründer das Rechtsgeschäft mit dem Dritten unter der ausdrücklichen Bedingung, daß die Gesellschaftsgründung zustande komme[24]), und führt die Gründung nicht zum Ziel, dann äußert das Geschäft wegen der nicht-erfüllten Bedingung keine Wirkungen. Eine Schadenersatzforderung in der Höhe der ihm durch die Gründer versprochenen Leistung steht dem Gläubiger jedoch zu, wenn der Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben durch die Gründer verhindert wurde (OR 156).

Einem Gläubiger, dem gegenüber die Gründer vor dem Eintrag der AG ins Handelsregister im Namen der Gesellschaft Verpflichtungen eingingen, haften die Handelnden persönlich und solidarisch (OR 645 I)[25]).

§ 5. Qualifizierte Gründung und Nachgründung.

I. Allgemeines.

Normalerweise ist die AG erst nach ihrer Erhebung zur juristischen Person fähig, Rechte und Pflichten einzugehen[1]). Die Entwicklung des Geschäftslebens hat aber die Rechtswissenschaft dazu gedrängt, von diesem klaren Grundsatz abzugehen, so daß die AG im modernen Rechte schon mit Rechten und Pflichten ausgestattet ins Leben treten kann. Diese Besonderheit ist von der Wissenschaft qualifizierte Gründung genannt worden.

Die Hauptfälle der qualifizierten Gründung, mit denen die meisten der heutigen Handelsgesetzgebungen, und so auch unser OR sich zu befassen haben, sind:

a) Die Sacheinlage (Apport). Die AG ist verpflichtet, als Mitgliederbeitrag, statt wie bei der Bargrün-

---

[24]) Vgl. Guhl II, § 64; Syz 30.

[25]) Vgl. zu OR 645 II Botschaft des BR von 1928, S. 27 in Verbindung mit Sten. Bull. St. R. S. 361: Diese Verpflichtungen dürfen aber nicht in der Uebernahme von nicht in Geld bestehenden Vermögenswerten bestehen, wenn Mißachtung der Bestimmungen über die qualifizierte Gründung vorliegt.

[1]) Vgl. Hoffmann 8.

dung Geld, andere Vermögenswerte anzunehmen (OR 628 I, 636).

b) Die Sachübernahme. Die AG ist verpflichtet, einen Vermögenswert entgeltlich zu übernehmen, und zwar von einem Dritten (OR 628 II, 636).

c) Der Gründervorteil. Die AG ist verpflichtet, einer an der Gründung beteiligten Person einen besonderen Vorteil finanzieller oder anderer Art einzuräumen (OR 628 III, 636).

II. Die Sacheinlage- oder Apportgründung.

Im Gegensatz zum Zeichner einer Baraktie, der als Gegenwert für die übernommene Aktie eine Geldeinlage zu leisten hat, verpflichtet sich der Sacheinleger zur Leistung eines nicht in Geld[2]) bestehenden Vermögenswertes. Bar- und Sacheinlageverpflichtung unterscheiden sich also nur hinsichtlich des Gegenstandes der versprochenen Leistung. Genau wie bei der Bareinlage wird auch beim Apport die Einlageschuld auf einen bestimmten Geldbetrag festgesetzt und äußert sich — als Teilsumme — in der Ziffer des Grundkapitals[3]).

Was das Objekt der Sacheinlage anbetrifft, so gilt als illationsfähig, was[4])

a) bewertbar,

b) im Rahmen des Geschäftszweckes ertragsfähig,

c) quoad dominium et sortem einbringbar ist.

Das Bedürfnis einer Prüfung macht sich naturgemäß bei der Sacheinlagegründung gerade mit Rücksicht auf die Gläubiger, die im Vertrauen darauf, daß das nominelle Grundkapital

---

[2]) Vgl. Huber 10.

[3]) Vgl. Schultheß 10.

[4]) Vgl. Die Untersuchungen von Hoffmann 14—18, Huber 20 ff. Lehmann K. I 217, zählt als Apports auf: Grundstücke, bewegliche körperliche Sachen, übertragbare Forderungen, Wertpapiere oder andere, sonstige Rechte, z. B. Autorrechte, Patentrechte, dann Sachgesamtheiten wie ein Geschäft, wirtschaftliche Güter, Kundschaft, Dienste.

Gegen die Einbringbarkeit von Kundschaft oder Dienstleistungen spricht sich Dick 98 ff. aus.

tatsächlich aufgebracht wurde, der AG kreditiert haben, noch in höherem Maße geltend als bei der Bargründung. Die AG soll ja von Anfang an mit einem Grundkapital ins Leben treten, das ganz oder zum Teil aus Vermögenswerten anderer Art als barem Geld besteht. Durch das Einbringen von Apports unter ihrem Wert wird dem Erfordernis der Herstellung des Grundkapitals nicht nachgelebt. Nach Approbation der minderwertigen Einlage zu übersetztem Anrechnungswert durch die Gründer würde mit der Entstehung der AG eine Gesellschaft vorhanden sein, bei der das als voll einbezahlt bezeugte Grundkapital in Wahrheit nur zum Teil vorhanden wäre. Da zudem die Sacheinleger nach OR den Gründern gleichgestellt werden[5]), so ist es begreiflich, daß für die Sacheinlagen verschärfte Bestimmungen[6]) Platz greifen müssen. Wir unterscheiden dabei nach den beiden Gründungsarten. Oberster Gesichtspunkt ist wieder die Sicherung der Gesellschaftsgläubiger.

Einmal wird die Erlangung möglichster Klarheit über den Gegenstand und die Bewertung und Anrechnung der Sacheinlage und über die Person des Sacheinlegers zu erzielen gesucht. Dies erfolgt durch die Aufnahme dieser Bestimmungen in die Statuten (OR 628). Ein Aktionär hat also grundsätzlich seine Einlage in barem Geld zu machen, wenn in den Statuten nicht etwas anderes darüber bestimmt ist. Bei der Simultangründung, wo alle Aktien intern durch die Gründer gezeichnet werden, und eine öffentliche, von allen Gründern unterzeichnete Urkunde (OR 638) errichtet wird, genügt diese Aufnahme in die Statuten. Bei der Sukzessivgründung, wo sich die Gründer an Dritte wenden und diese öffentlich zur Zeichnung von Aktien auffordern, kommen als Ergänzung zum Statutenentwurf Gründerbericht (OR 630) und Prospekt (OR 631) hinzu. Der Gründerbericht soll ausführlich Auskunft geben über „Art und Zustand der einzubringenden Vermögenswerte und die Angemes-

---

[5]) Die Aufnahme der Vereinbarung über Apports in die Statuten ist obligatorisch. Da die Zeichnung auf den Statutenentwurf Bezug nehmen muß, folgt daraus, daß die Sacheinlagen vor der Zeichnung stipuliert sein müssen.

[6]) Um eine Umgehung dieser Vorschriften zu verhindern, unterstellt das Gesetz derselben Regelung auch die beiden anderen Fälle der qualifizierten Gründung.

seinheit der dafür berechneten Wertansätze“ (OR 630 II Ziff. 1), und über „die Anzahl der dem Sacheinleger zukommenden Aktien oder andere von der Gesellschaft zu übernehmende Leistungen“ (OR 630 II Ziff. 1). Die Gründer haben den Bericht schriftlich abzufassen und bei jeder Zeichnungsstelle in beglaubigter Abschrift aufzulegen.

Anderseits haben nach Schluß der Aktienzeichnung die Zeichner in der konstituierenden Generalversammlung (OR 634—637) das Recht der Genehmigung der Sacheinlagen, wobei eine Mehrheit von mindestens zwei Dritteilen nötig ist (OR 636)[7]).

III. Die Sachübernahmegründung.

Was wir von den Sacheinlagen gesagt haben, gilt auch für die Vermögenswerte, welche die Gesellschaft schon im Errichtungsstadium im Wege des Vertrages übernehmen soll[8]). Der Gegenkontrahent braucht also nicht Gründer zu sein und steht, selbst wenn er es ist, für diesen Fall der zu gründenden AG als Dritter gegenüber. Das Charakteristikum der Sachübernahme liegt nach einer Entscheidung des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes[9]) darin, daß die „Gründer der AG, vor deren Errichtung, für die zu gründende Gesellschaft einen Vertrag betreffend die Uebernahme von Vermögenswerten (Ueberlassungsvertrag) abgeschlossen haben, derart, daß die Gesellschaft mit diesen Vermögenswerten oder einem Anspruch auf Erlangung derselben ausgerüstet, ins Leben tritt und folgerichtig das in den Statuten festgesetzte Grundkapital von Anfang an um den im Ueberlassungsvertrag vereinbarten Gegenwert der übernommenen Gegenstände verkürzt wird“[10]).

---

[7]) Vgl. Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 28: Wenn die Sachleistung, wie das verlangt ist, vollwertig ist, so gibt sie der AG eine ebenso sichere Kapitalgrundlage wie die Barleistung, die ja meist auch sofort, wenigstens z. T., in Sachwerte umgewandelt wird.

[8]) Die drei Fälle der qualifizierten Gründung werden in allen Art. im OR nebeneinander aufgezählt.

[9]) Rekursentscheid in Sachen Immobiliengesellschaft Cardinal co. Eidg. Amt für das Handelsregister, in Burckhardt, Bd. III, 1005.

[10]) Vgl. Curti 73; Silbernagel 336; Lehmann I 374.

Die Vergütung für den überlassenen Vermögensgegenstand kann bei der Sachübernahme nicht in Aktien bestehen, während sie bei der Sacheinlage ja begrifflich in Aktien, d. h. in der Mitgliedschaft bestehen muß.

Oekonomisch birgt der Uebernahmevertrag dieselben wirtschaftlichen Gefahren, wie die Sacheinlage, indem in beiden Fällen vor der Konstituierung der AG über einen Teil ihres künftigen Aktienkapitals verfügt und dadurch oft eine Differenzierung herbeigeführt wird von nominellem und tatsächlichem Grundkapital. Diese Tatsache, die neben der AG und den Aktionären speziell auch die am Grundkapital weitgehend interessierten Gesellschaftsgläubiger berührt, findet ihren Niederschlag in den gegenüber aOR verschärften Verantwortlichkeitsbestimmungen (vgl. III. Teil).

IV. Gründervorteile.

Bei den bisher besprochenen Fällen der qualifizierten Gründung — Sacheinlage und Sachübernahme — handelte es sich um Vorgänge, die für die effektive Aufbringung des Grundkapitals entscheidend sind. Bei der Kategorie der Gründervorteile[11]) dagegen bleibt sowohl die ziffernmäßige wie die wirkliche Aufbringung des Grundkapitals unberührt; wohl aber ist eine sofortige Minderung des Anfangsvermögens durch Aufwände zugunsten einzelner Gründer oder anderer Personen, die auf solche nicht oder doch nicht in dieser Höhe Anspruch haben, direkt als Benachteiligung der zukünftigen Mitglieder von Bedeutung, indirekt als solche der Gläubigerinteressen.

Gründervorteil ist nach Schneider[12]) jede Art Zuwendung, die eine Begünstigung eines Aktionärs oder einer anderen bei der Gründung beteiligten Person bedeutet, wie Gründerprovision, Gründerscheine, parts de fondateurs, actions gratuites, sofern diese Vorteilsleistung von der Gesellschaft zu überneh-

---

[11]) Lehmann I 377 unterscheidet Gründungsaufwände i. S. von Vermögenszuwendungen an Gründer oder Dritte, und Gründungsbegünstigungen, bestehend vornehmlich in der Bewilligung von Sondervorteilen an einzelne Aktionäre.

[12]) Vgl. Schneider: Revidiertes OR, Rechtsbuch, Anm. z. Art. 628.

men ist. Kein Gründervorteil ist dagegen die statutarisch an Organe für ihre Tätigkeit zuerkannte Tantième.

Für die Klarlegung und Genehmigung der Gründervorteile gilt nach OR im ganzen das bezüglich der Sacheinlagen und Sachübernahmen Gesagte (OR 628 III 630, 636).

V. Die sog. Nachgründung als Umgehung der Vorschriften über die qualifizierte Gründung.

Den Hauptreiz für die Umgehung der Apport- und Sachübernahmegründungsvorschriften bildet nach Schultheß[13]) die Scheu vor Publizität, d. h. die Besorgnis, es könnten die Statuten mit den erforderlichen Angaben über den einzubringenden Gegenstand sowie auch die speziellen Akten, die beim Handelsregisteramt einzureichen sind, von Gläubigern, der Konkurrenz, oder andern unerwünschten Interessenten näher studiert werden. Die Methode der sog. N a c h g r ü n d u n g besteht darin, daß an Stelle einer Sachgründung eine Bargründung vorgenommen wird, und dann nachträglich, evtl. sogar vor dem Eintrag ins Handelsregister diejenigen Vermögensstücke käuflich erworben werden, die eigentlich als Apports hätten eingebracht werden sollen. Dieser Umweg über eine scheinbare Bargründung verhindert, daß die Außenstehenden einen klaren Einblick in die Gründungsmotive und den Gründungshergang erhalten, wie er durch den Gründerbericht bei Apportgründungen und bei der qualifizierten Gründung überhaupt doch immerhin gewährleistet ist (OR 630)[13]).

Die Einstellung der Gerichtspraxis gegenüber der Nachgründung war wechselvoll. Das Bundesgericht hat noch in einem Entscheid vom Jahre 1932[14]) die Nachgründung zugelassen, „weil der Gesetzgeber darauf verzichtet habe, die sog. Nachgründung den Vorschriften über die Apportgründung zu unterwerfen, und nun so nicht der Richter dazu schreiten könne . . .“ Nicht zuletzt unter dem Druck der an diesem Urteil

---

[13]) Vgl. Schultheß 12 ff., 24 ff.; Gutstein 34 ff.

[14]) Vgl. BGE 58. II. 151; Huber 106 ff.

geübten Kritik[15]) änderte in der Folge das Bundesgericht seine Ansicht und führte in einem Entscheid vom Jahre 1933 aus: „Der Umstand, daß die Bestimmungen für die Uebernahme von Anlagen und Vermögensstücken umgangen werden können, darf ihre Anwendung jedoch in den Fällen nicht hindern, wo sie nicht umgangen, sondern verletzt worden sind. Die Ueberbewertung von Sacheinlagen und übernommenen Vermögenswerten in den Statuten bedeuten eine Gefahr für alle Barzeichner, späteren Erwerber von Aktien und Gesellschaftsgläubiger. Welche Bestimmungen aber geeignet wären, auch den Umgehungen zu begegnen, braucht nicht erörtert zu werden. Es genügt, daß der Richter gegen die eigentlichen Verfehlungen die größtmögliche Strenge walten läßt“[16]). Für die rechtliche Erlaubtheit einer Nachgründung ist nach einem jüngsten Bundesgerichtsentscheid maßgebend, daß bei der Gründung das für eine ernstgemeinte, wirkliche Bargründung erforderliche Kapital tatsächlich vorhanden gewesen sein muß[17]).

Was die Sanktionen gegen die Nachgründung anbetrifft, so ist einmal zu sagen, daß die Sachübernahmevorschriften, um einer Umgehung der Apportvorschriften nach Möglichkeit den Weg zu verlegen, im OR genau den Apportbestimmungen nachgebildet sind[18]).

Dem Eintrag der AG ins Handelsregister kommt in der Schweiz konstitutive Bedeutung zu (OR 643 I). Diese Art der Inkorporierung setzt, wie wir gesehen haben (§ 3), naturgemäß eine vorgängige registerbehördliche Prüfung des Errichtungsvorganges auf seine Legalität hin voraus, und der Handelsregisterführer hat die Eintragung abzulegen, wenn die zur gültigen Entstehung der Gesellschaft erforderlichen Normativbestimmungen nicht erfüllt sind. Dies gilt nach herrschender Mei-

---

[15]) Vgl. Guhl in ZbJV 1933, S. 476; Wolf E. in SchwAG 5. Jahrgang, S. 73 ff.

[16]) Vgl. BGE 59. II. 434.

[17]) Vgl. BGE 64. II. 278.

[18]) Ein Kennzeichen der verschleierten Apportgründung ist, daß die AG kurz vor oder nach dem Eintrag ins Handelsregister von einem oder mehreren Baraktionären oder ihren Strohmännern Objekte erwirbt, die zur Erreichung des Gründungszweckes von Anfang an unentbehrlich waren. Z. B. Die Uebernahme eines dem Hauptgründer gehörenden Kleidergeschäfts etc. Weitere Beispiele in BlzüR 1928 Nr. 133, SchwAG 1933, S. 157.

nung insonderheit für den Fall der Nichtbeobachtung der Sachgründungsvorschriften[19]).

Was die Rechtslage nach erfolgtem Eintrag ins Handelsregister betrifft, so kommt eine Nichtigkeit der AG prinzipiell nicht in Frage, wohl aber evtl. die Auflösung auf Klage eines Gläubigers, nach OR 643 III/IV (vgl. § 4, II). Diesen Weg wird ein Gläubiger mit Vorteil einschlagen, wenn der betreffende, nicht in Geld bestehende Vermögensgegenstand mehr oder weniger wertlos ist und zugleich entsprechende Barmittel nicht erhältlich sind.

Daneben ist natürlich die Haftung der Gründer aus dem Titel der Verantwortlichkeit nach OR 753 ff. gegeben (vgl. III. Teil).

Alle diese Vorschriften erschweren gewiß die Möglichkeit der Nachgründung und sichern damit auch die Gesellschaftsgläubiger gegen fraudulöse Schmälerung des Aktienkapitals.

§ 6. Die Organisation der Aktiengesellschaft.

I. Allgemeines.

Der herrschenden Meinung entsprechend behandelt das OR die AG ausdrücklich als juristische Person (OR 643 I)[1]). Subsidiär gelten daher für sie die allgemeinen Bestimmungen im Titel über die „juristischen Personen" im ZGB 52—59[2]). Die juristische Person an sich ist wohl rechtsfähig; um aber auch handlungsfähig zu sein sein, bedarf sie der Organe, durch die sie zu handeln vermag (ZGB 55). Die Handlungen der Organe werden der juristischen Person nicht etwa nur angerechnet, sondern sie werden als Handlungen direkt der juristischen Per-

---

[19]) BGE vom 2. Mai 1933 in SchwAG 1933, Nr. 1; Lehmann I 410/11. Die Bestimmung, wonach die bei der Gründung einbezahlten Beträge bei einer von den Kantonen zu bezeichnenden Amtsstellen hinterlegt und erst nach der Eintragung im Handelsregister der Verwaltung ausgehändigt werden dürfen (OR 633/III), ist auch dazu angetan, Nachgründungen zu erschweren.

[1]) Vgl. Tuor 90 ff.

[2]) Vgl. BGE 53. II. 45 und 230.

son angesehen. Die Organe sind, wie das Bundesgericht[3]) sich ausdrückt, „ein Teil der Persönlichkeit“[4]).

Organ ist nach Schäfer[5]) „jeder, der, auf die Ermächtigung der Statuten gestützt, einen der juristischen Person zuzurechnenden Tatbestand erfüllt“. Dieser Tatbestand braucht nicht unbedingt eine Handlung zu sein. Auch der technische Direktor, obwohl nicht zu Rechtshandlungen für die juristische Person befugt, ist ihr Organ. Voraussetzung ist nur, daß er ein statutengemäßes Organ ist, mit eigens zugewiesenen Kompetenzen, die eine rechtsgeschäftliche „Vertretungsmacht“ in diesem Falle eben nicht mit umfassen.

Die AG hat drei notwendige Organe[6]). Es sind dies: Generalversammlung (OR 698—706), Verwaltung (OR 707—726), Kontrollstelle (OR 727—731). Die Generalversammlung als oberstes Organ wählt die Verwaltung und die Kontrollstelle (OR 698 II Ziff. 2).

Im folgenden soll die Tätigkeit dieser Organe in ihren Beziehungen zu den Gesellschaftsgläubigern dargestellt und der Gläubigerschutz gegenüber rechtswidriger Ausübung der Organbefugnisse klargelegt werden.

II. Die Generalversammlung.

Die Generalversammlung der Aktionäre ist das oberste Organ der AG (OR 698 I).

Der GV sind nach Gesetz eine Reihe unübertragbarer Befugnisse übertragen (OR 698 II Ziff. 1—5)[7]). Wenn wir diese Befugnisse der GV darauf hin untersuchen, inwieweit durch sie auch eine Gefährdung der Interessen Dritter, der Gesellschafts-

---

[3]) Vgl. BGE 54. II. 254.

[4]) Vgl. Kreis 26 ff.

[5]) Vgl. Schäfer 45.

[6]) Vgl. Kreis 30 ff.

Wir müssen uns darüber klar sein, daß das, was wir als Organ bezeichnen, nur die „abstrahierte Einheit der konkreten Vielheit der Organträger“ darstellt, die kraft Satzung oder Wahl berufen sind, als Funktionsträger der juristischen Person aufzutreten. Sie sind jedoch nur insofern Organ, als sie in verfassungsmäßiger Form zusammenwirken.

[7]) Vgl. Weder 40 ff.

gläubiger denkbar ist, dann müssen wir uns in diesem Zusammenhang mit den in OR 698 II Ziff. 1 und 3 erwähnten Obliegenheiten näher befassen[8]).

1. Die Anfechtung von GV-Beschlüssen.

Während in OR 706 der Verwaltung und jedem Aktionär durch Klageerhebung ein Anfechtungsrecht gegen gesetz- und statutenwidrige GV-Beschlüsse eingeräumt ist, fehlt ein derartiges Mittel für die Gesellschaftsgläubiger[9]). Die GV-Beschlüsse haben für Dritte grundsätzlich nur die Bedeutung einer internen Willensbildung der AG, nicht aber einer nach außen rechtswirksamen Willenserklärung. Selbst wenn den Dritten solche Beschlüsse bekannt sind, kann die AG ihnen diese Kenntnis nicht entgegenhalten[10]). Nach außen wird die AG grundsätzlich allein durch die Verwaltung und die sonstigen Vertreter repräsentiert. Jedes rechtliche Verhalten der Verwaltung und der Vertreter ist gegenüber den Dritten durch die gesetzliche Vertretungsbefugnis voll gedeckt.

In manchen Fällen haben die grundsätzlich nur intern rechtswirksamen Beschlüsse der GV allerdings erhebliche Reflexwirkungen gegenüber Dritten (vgl. z. B. die Aenderung der Höhe des Grundkapitals). Eine Erteilung des Anfechtungsrechtes mittels Klage an die Dritten wurde indessen vom Gesetzgeber auch in diesen Fällen nicht als gerechtfertigt erachtet, weil die berechtigten Interessen der Dritten gegenüber solchen Rechtswirkungen ohnehin genügend geschützt sind (vgl. die Abschnitte dieser Arbeit über Grundkapital und Verantwortlichkeit).

---

[8]) OR 698 II bestimmt:

„Ihr (der GV) stehen folgende unübertragbare Befugnisse zu:

1. Die Festsetzung und Aenderung der Statuten, ...
3. die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes, sowie die Beschlußfassung über die Verwendung des Reingewinns, insbesondere die Festsetzung der Dividenden und des Gewinnanteils der Verwaltung.

[9]) Vgl. Enßlin 85 ff.

[10]) Ausgenommen ist der Fall einer Kollusion, vgl. BGE 47. II. 312.

Der Schutz der Gläubiger ist also in erster Linie in der Verantwortlichkeit der Verwaltung zu suchen, deren Mitglieder mit der Exekutive der GV-Beschlüsse betraut sind. Und eine Schädigung der Gesellschaftsgläubiger durch einen GV-Beschluß wird sich ja meist erst aus der Ausführung dieses Beschlusses, durch die Umsetzung in die Tat seitens des ausführenden Organs der Verwaltung ergeben. Immerhin hat die Gerichtspraxis in einem Falle eine Ausnahme gemacht und den Gläubigern eine direkte Klage auf Anfechtung eines GV-Beschlusses gegeben (vgl. unten sub 2).

Außer der Verantwortlichkeitsklage, mit der der Gläubiger gegen die handelnden Organmitglieder vorgehen kann, liegt ein gewisser Schutz der Gläubiger gegenüber GV-Beschlüssen, die Statutenänderung[11]) bezwecken, auch in folgenden Bestimmungen:

a) Ein indirekter Schutz liegt z. B. bei einer Zweckänderung in dem verlangten Quorum der zustimmenden Aktionäre von zwei Dritteilen des gesamten Grundkapitals (OR 648 I). Weiter in der Eintragung aller Statutenänderungsbeschlüsse im Handelsregister und in der nachherigen Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt, wobei die Prüfungspflicht (vgl. § 3 III dieser Arbeit) der Registerbehörden auch im Interesse der Gläubiger wirksam wird.

b) Die Beschlüsse der GV, die das Grundkapital berühren, unterstehen ganz besonderen Gläubigerschutzvorschriften, die im folgenden 3. Abschnitt ihre Behandlung finden werden.

Hievon zu unterscheiden ist der Fall, daß ein GV-Beschluß die dem Gläubiger aus dessen Vertragsverhältnis mit der AG erwachsenen Rechte unmittelbar verletzt. Die AG hat z. B. sog. Prioritätsobligationen herausgegeben, welche laut den Ausgabebedingungen nach 10 Jahren zum Nominalwert zu tilgen sind. Die GV faßt vor Eintritt des Tilgungstermins einen Beschluß des Inhalts, daß die künftige Tilgung der Obligationen unter dem Nominalwert zu erfolgen habe. Hier wird u. U. sogleich nach der Fassung dieses Beschlusses eine Feststellungs-

[11]) Eine Statutenänderung involvieren Beschlüsse über Zweckänderung, Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals, etc.

klage der Besitzer von Obligationen zulässig sein, mit dem Rechtsbegehren, „festzustellen, daß entgegen dem gefaßten Beschluß, die Gesellschaft verpflichtet sei, am Tage der Fälligkeit die Obligationen zu ihrem Nominalwert einzulösen". Sein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Rechtsverhältnisses könnte der betreffende Gläubiger durch den Nachweis erbringen, daß der Beschluß geeignet sei, einen nachteiligen Einfluß auf den Kursstand der Obligationen auszuüben. Daß diese Klage eine „Anfechtung" des Beschlusses nicht enthält, bedarf keiner Begründung.

2. Bilanzgenehmigungs- und Dividendenausschüttungs-Beschlüsse.

Den historischen Ausgangspunkt der Zuständigkeit der GV bildet die Genehmigung der Jahresrechnung[12]). Dies ist auch jetzt noch die Hauptaufgabe der ordentlichen GV (OR 698 II Ziff. 3). Es ist offensichtlich, daß diese Beschlüsse über Gewinn- und Verlustrechnung und über die Bilanz nicht nur die einzelnen Aktionäre interessieren, sondern in hohem Maße auch die Gläubiger. Dem trägt OR 704 Rechnung, indem er bestimmt, daß „jeder, der sich als Gläubiger einer AG ausweise, die die betr. Belege nicht veröffentlicht, das Recht habe, durch das Handelsregisteramt die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz in der von den Aktionären genehmigten Fassung einzufordern und so in sie Einsicht zu nehmen". Diese Befugnis verbessert die Stellung des Gläubigers besonders gegenüber den kleinen AG und den Familien-AG, die bisher die genannten Dokumente überhaupt nicht zu veröffentlichen brauchten. Mit der Einsichtnahme in Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz kann sich der Gläubiger am sichersten ein Bild von der Kreditwürdigkeit und Solvenz seines Schuldners machen und demgemäß sein weiteres Verhalten ihm gegenüber bestimmen. Eine Verstärkung erfährt diese Befugnis zur Einsichtnahme noch durch die Möglichkeit der Verhängung von Ordnungsbußen durch die Handelsregisterbehörde gegenüber den Mitgliedern

[12]) Vgl. Lehmann K. I 57 ff., II 197.

der Verwaltung, die der Aufforderung zum Auflegen der genannten Belege beim Handelsregisteramt nicht nachkommen (OR 943 II)[13]).

Mit der Beschlußfassung über Gewinn- und Verlustrechnung und über die Bilanz verbunden ist auch der Beschluß über die Verwendung des Reingewinns, insbesondere über die Ausschüttung einer Dividende. Die Verteilung von Dividenden an die Aktionäre darf erst erfolgen, wenn das einbezahlte Grundkapital der AG ungeschwächt vorhanden ist und die gesetzgemäß (OR 662—670) aufgestellte Jahresbilanz darüber hinaus noch einen Reingewinn ergibt. Auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf eine Dividende erst festgestellt werden, „nachdem die dem Gesetz und den Statuten entsprechenden Einlagen in die gesetzlichen und statutarischen Reserve- und andern Fonds vom Reingewinn in Abzug gebracht worden sind" (OR 674).

Das Gesetz berechtigt die Gläubiger einer AG nicht, die auf Grund einer gesetzwidrigen, unrichtigen Bilanz beschlossene Verteilung fiktiver Dividenden an die Aktionäre durch Klage gegen die Gesellschaft zu verhindern. Da aber die Verteilung einer fiktiven Dividende, auf Grund einer unrichtigen Bilanz, in Tat und Wahrheit eine teilweise Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre involviert, billigt die Gerichtspraxis den Gesellschaftsgläubigern dagegen ein Einspruchsrecht zu[14]). Das Bundesgericht führte u. a. zutreffend aus:

> „Es kann kaum ein Zweifel darüber obwalten, daß die Gläubiger einer AG berechtigt sind, durch Klage gegen die Gesellschaft die Rückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals zu hindern, wenn dieselbe unter Mißachtung der hiefür geltenden gesetzlichen Vorschriften, daß heißt ohne vorherige Befriedigung der Gläubiger beschlossen werden sollte. Da eben bei der AG das Grundkapital die Kreditbasis bildet, so haben die Gesellschaftsgläubiger ein gesetzliches Recht darauf, daß dasselbe erhalten bleibe. Dieses Recht wird

[13]) Vgl. Guhl II 305.
[14]) Vgl. Egger 80; BGE 12. 365 ff., 27. II. 239.

aber tatsächlich nicht nur dann verletzt, wenn eine solche Rückzahlung offen beschlossen, sondern auch dann, wenn sie durch Aufstellung einer unrichtigen, gesetzwidrigen Bilanz und dadurch ermöglichte Auszahlung eines angeblichen, in Wahrheit nicht vorhandenen Reingewinnes bewerkstelligt wird. Den Gläubigern hier den Rechtsschutz gegen die Gesellschaft verweigern und sie auf die Verantwortlichkeitsklage gegen das Verwaltungspersonal oder auf eine später etwa gegen die Aktionäre anzustellende Klage auf Rückerstattung empfangener, nicht verdienter Dividenden verweisen, hieße offenbar, sowohl mit Rücksicht auf die für die erwähnten Klagen geltenden einschränkenden Rechtsnormen als mit Rücksicht auf die regelmäßige Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse, dem Gläubigerrecht den wesentlichsten Teil seines praktischen Wertes entziehen .... Richtig ist freilich, daß nicht jede Unrichtigkeit der Bilanz einer AG die Gläubiger zur Einsprache berechtigt, sondern daß dies nur der Fall ist, wenn die Unrichtigkeit derart ist, daß infolge derselben eine fiktive Dividende verteilt und dadurch das den Gläubigern verfangene Grundkapital der AG geschmälert werden soll."

III. Die Verwaltung.

1. Wahl- und Nationalitätsvorschriften.

Die Bestellung der Verwaltung liegt nach OR 698 II Ziff. 2 ausschließlich in der Hand der GV, und zwar erfolgt die Wahl, sofern die Statuten keine anderweitigen Bestimmungen aufstellen, mit absoluter Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Es können nur natürliche Personen, die Aktionäre sind, in die Verwaltung gewählt werden, oder doch ihr Amt nur antreten, nachdem sie Aktionäre geworden sind (OR 707)[15]).

---

[15]) Damit in Zusammenhang steht die Hinterlegung von Aktien der Gesellschaft durch die Mitglieder der Verwaltung (OR 709/10). Das Gesetz hat keine besondere Sanktion zur Durchführung der Normen über die Pflichtaktien gegeben. Daher ist die Lösung des Handelsregisterführers von Basel-Stadt, der die Eintragung einer AG nach der Gründung vom Nachweis abhängig macht, daß alle Mitglieder der Verwaltung Aktionäre

Es besteht die Möglichkeit, durch die Wahl in der GV die Befugnisse und Pflichten des Verwaltungsorgans einer einzelnen Person (OR 707), oder einem Kollegium, Verwaltungsrat genannt, zu überbinden (OR 712). Der Organträgerschaft kommt dabei eine verschiedene Bedeutung zu, je nachdem die Verwaltung aus einer oder mehreren Personen besteht. Im ersten Falle stehen dem einzigen „Verwaltungsrat“[16]) die gesamten Kompetenzen des Organs zu. Er hat die gesamten Pflichten allein zu erfüllen. Im zweiten Fall dagegen kann nur die Gesamtheit der Verwaltungsräte als Organ handeln[17]).

Mit der Annahme der Wahl tritt das Verwaltungsratsmitglied der AG gegenüber in ein mandatsähnliches Verhältnis. Für die Bestimmung der Stellung der Verwaltung der AG gegenüber sind in erster Linie Gesetz, Statuten und Reglement zu konsultieren. Enthalten sie in irgend einer Frage keine Regelung, so sind die Bestimmungen über den Auftrag analog anzuwenden[18]).

Die zum Schutze gegen eine drohende Ueberfremdung der schweizerischen AG durch BRB vom 8. Juli 1919 eingeführten Nationalitäts-Vorschriften wurden auch vom revidierten OR beibehalten (OR 711). Sie bestimmen, daß die Verwaltung jeder AG mehrheitlich aus in der Schweiz wohnenden Schweizerbürgern bestehen müsse, daß also bei Gesellschaften mit einköpfiger Verwaltung dieser einzige Verwaltungsrat ein in der Schweiz domizilierter Schweizer sein müsse[19]). Die spezielle Sanktion gegen die Verletzung der Nationalitätsvorschriften ist gegenüber dem BRB stark erweitert und verbessert worden, indem nun der Handelsregisterführer einer AG, deren Verwaltung diese Vorschriften nicht mehr erfüllt, von Amtes wegen — nicht mehr nur auf Antrag eines Gläubigers oder Aktionärs — eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen

sind, sehr zweckmäßig. Gegen eine Veräußerung nach erfolgter Eintragung ist jedoch kein Einschreiten der Handelsregisterbehörde möglich. Vgl. Kolb 19, SchwAG II 155/6.

[16]) Vgl. zur Terminologie „Verwaltungsrat“: Kolb 1 ff.

[17]) Vgl. Gierke: Deutsches Privatrecht, I 483.

[18]) Vgl. Kolb 13; Welti 45; Dietler 66; Wolfers 110.

[19]) Vgl. Sauter: Die wirtschaftliche Ueberfremdung, Diss. Zürich 1926. Ausnahmen bei Holdinggesellschaften: OR 711 II.

Zustandes zu setzen hat. Nach fruchtlosem Fristablauf ist die Gesellschaft von Amtes wegen aufzulösen (OR 711 IV). Die Nationalitätsvorschriften sind auch für die Verantwortlichkeit von großer Bedeutung und bestehen mit voller Berechtigung, weil ein in der Schweiz wohnhaftes Verwaltungsratsmitglied aus der Verantwortlichkeit, mit Rücksicht auf den Gerichtsstand, leicht belangt werden kann[20]).

2. Aufgaben und Organisation.

Die Aufgaben der Verwaltung, die sich bei einer bestimmten AG aus Gesetz und Statuten ergeben, bestehen aus zwei Komponenten[21]): nach innen, der Gesellschaft und den Aktionären gegenüber ist sie zur Führung der Geschäfte, nach außen, im Verhältnis zu Dritten, ist sie zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Normalerweise stehen der Verwaltung beide Befugnisse zusammen zu, und es sind denn auch beide zu einer aktiven Geschäftsführung notwendig. Vom formaljuristischen Standpunkt aus, ist die Verwaltung das unentbehrlichste Organ der AG, da in ihr die juristische Person ihre Vertretung nach außen findet. Die Verwaltung hat den Willen der GV zum Ausdruck zu bringen. Ihr rechtliches Hauptcharakteristikum ist also sicher die Exekutive.

Dem Gesetzgeber war es klar, daß in der GV nicht immer Sachkenntnis den Ausschlag bei der Wahl in die Verwaltung geben würde, und daß die Mitglieder des Verwaltungsrates in der AG meist nur eine Nebenbeschäftigung suchen würden. Es ist auch nicht zu erwarten, daß ein vielköpfiges Kollegium, das zudem nur von Zeit zu Zeit zusammentreten soll, zur raschen Erledigung der vielen bedeutsamen Geschäfte, die täglich dem Kaufmann obliegen, befähigt ist. Immer wird im Kollegium oder neben ihm der Fachmann, die leitende Einzelpersönlichkeit, not tun, immer wird die eigentliche Geschäftsführung nur von dem zu bewältigen sein, der seine ganze Kraft hergibt.

---

[20]) Vgl. Sten. Bull. St. R. 1931, S. 563.

[21]) Vgl. OR 712 II: „Die Befugnisse des Verwaltungsrates sind in den Statuten oder einem besonderen Reglement zu umschreiben".
Vgl. auch: Wieland II 127; Heß 13 ff.

Der Verwaltungsrat kann aus seiner Mitte besondere Ausschüsse (OR 714 II) bestellen, zur Beaufsichtigung des Geschäftsganges, für die Vorbereitung der dem Verwaltungsrat obliegenden Geschäfte und für die Berichterstattung über alle wichtigen Fragen. Die Statuten können noch weiter gehen, und die GV oder auch den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung an einen oder mehrere Delegierte des Verwaltungsrates oder sogar an Dritte, Direktoren, zu übertragen (OR 717 II). Sehen die Gesellschaftsstatuten die Zweiteilung der Verwaltung in einen Verwaltungsrat und in eine geschäftsführende Direktion vor, so ist auch diese letztere Organ der Gesellschaft, sobald sie die Merkmale des Organs aufweist[22]). Das Anstellungsverhältnis des Organträgers hat mit der Organqualität nichts zu tun. Ein vom Verwaltungsrat angestellter Direktor tritt in kein Vertragsverhältnis zum Verwaltungsrat, sondern wird der Gesellschaft direkt dienstverpflichtet, seine Rechtshandlungen werden ihr zugerechnet. Nur so ergibt sich eine klare Stellung der Direktion und eine befriedigende Lösung der Verantwortlichkeitsfrage[23]).

3. Die Geschäftsführungsbefugnis.

Aus dem weiten Aufgabenkreis der Geschäftsführung (OR 722), die die innere Organisation der AG und ihres Geschäftsbetriebes in sich begreift, interessiert im Rahmen dieser Arbeit dasjenige, was von Bedeutung ist für den Gesellschaftsgläubiger. Dazu gehört vor allem die ordnungsgemäße Führung der Geschäftsbücher (OR 722 III), wozu die AG wie alle im Handelsregister eingetragenen Firmen gehalten ist (OR 957 bis 964). Die Geschäftsbücher sind während 10 Jahren vom letzten Eintrag an aufzubewahren, wobei im Falle der Uneinigkeit der Richter den Aufbewahrungsort bestimmt (OR 747,

[22]) Der Direktor muß also zunächst in den Statuten als Organ aufgeführt sein, ferner muß er selbständige Kompetenzen haben, nicht bloße Hilfsperson sein.

Vgl. BGE 20. 1121, 44. II. 136, 48. II. 6.

[23]) Wo der Direktor durch Delegation selbständiger Kompetenzen Organträger ist, da geht auch ein Teil der Verantwortung für die Verwaltung auf ihn über. Er haftet nach OR 754 für die sorgfältige Erfüllung der ihm persönlich obliegenden Pflichten. Vgl. Wolfers 52 ff.

962). Die in OR 963 erwähnte Editionspflicht der Bücher besteht m. E. nicht nur gegenüber den Aktionären, sondern auch gegenüber Dritten, die ein berechtigtes Interesse nachweisen. Letzteres ist immer gegeben im Falle einer Verantwortlichkeitsklage eines Gläubigers gegenüber Mitgliedern der Verwaltung. Die Buchführung liegt im übrigen den Verwaltungsmitgliedern nicht in Person ob, sie haben vielmehr nur für die gehörige Buchführung Sorge zu tragen und haften mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes für die Erfüllung dieser Pflicht[24]).

Von besonderer Bedeutung ist für die AG die Bilanzierung, die von der Verwaltung vorzunehmen ist. Die AG hat gleich dem Einzelkaufmann die Pflicht, bei Beginn des Geschäftsbetriebes und sodann in bestimmten Zwischenräumen ein Inventar aufzunehmen, den Geschäftsabschluß zu machen und eine das Verhältnis der Aktiven zu den Passiven ergebende Bilanz aufzustellen, die ein Bild des Fortganges ihrer Geschäfte liefert. Immer mehr hat sich im Laufe der Zeit ergeben, daß es das gemeinsame Interesse der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger ist, das eine sorgfältige Bilanzierung erheischt. Denn von den Ergebnissen der Bilanz hängt die Beschlußfassung der GV über die Ausschüttung einer Dividende (vgl. § 6 II 2 dieser Arbeit), weiter das Vertrauen des Publikums in das Gedeihen der Gesellschaft und damit die Höhe der Kreditierung, ab.

Dazu kommen weiter die Vorschriften (OR 725) über die Anzeigepflicht an die GV, wenn die Hälfte des Grundkapitals verloren ist, und über die Anzeigepflicht an den Richter im Falle der Ueberschuldung, ferner die Pflicht zur Errichtung einer Zwischenbilanz bei begründeter Besorgnis einer Ueberschuldung. Die Bilanz ist auch die Grundlage bei der Frage der

---

[24]) Vgl. Lehmann K. II 285 ff.

Botschaft des BR von 1928, S. 51: „Es wäre aber zu weit gegangen und hieße Unmögliches verlangen, wollte man die Verwaltung für eine richtige und vollständige (vgl. OR 722: ... regelmäßige Buchführung ...) Führung der Bücher verantwortlich machen, denn dies würde selbstverständlich ein Eindringen in alle einzelnen Geschäfte voraussetzen."

Zulässigkeit der Verteilung des Gewinnanteils an die Mitglieder der Verwaltung[25]).

Indem somit die Bilanz den wichtigsten Zwecken dient, muß auch der großen Gefahr, daß in der Bilanz durch falsche Bewertung der einzelnen Aktiva oder Aufstellung fiktiver Posten ein trügerisches Bild geliefert wird, möglichst begegnet werden. Unser Gesetz sucht dieses Ziel durch Spezialvorschriften über die Bewertung in der Bilanz der AG (OR 662—670) zu erreichen. Diese Vorschriften stellen nicht eigentlich eine Abweichung von den allgemeinen Bilanz- und Buchführungsgrundsätzen (OR 957—963) dar, sondern sie bilden nur eine folgerichtige Ausprägung entsprechend der eigentümlichen Natur der AG als einer auf reiner Kapitalhaftung beruhenden Gesellschaft.

Die allgemeinen Grundsätze der Bilanzwahrheit und der Bilanzklarheit (OR 959) gelten auch für die Aufstellung der Bilanz der AG. Die gewöhnliche Bilanz der AG — insbesondere die Jahresbilanz — ist als Gewinnverteilungs-[26]) oder Erfolgsermittlungsbilanz[27]) anzusprechen, im Gegensatz zur Liquidationsbilanz, die den Zwecken der Vermögensverteilung dient[28]).

Alle diese mit der Bilanzierung zusammenhängenden Pflichten, wie die Geschäftsführung überhaupt, hat die Verwaltung mit „aller Sorgfalt" (OR 722 I) zu erfüllen. Einen Schaden, der den Gläubigern aus der Verletzung dieser Pflichten erwächst, können diese mittelst der Verantwortlichkeitsklage sich, bzw. der Gesellschaft ersetzen lassen (vgl. III. Teil). Zur Sicherung ihrer Ansprüche aus der Verantwortlichkeit der Verwaltung dienen den Gläubigern die von den einzelnen Verwaltungsmitgliedern hinterlegten Aktien als Pfänder, gemäß OR 709, 710 II. Um den Kautionscharakter der Pflichtaktien

---

[25]) Tantièmenbestimmungen bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme ins Statut (OR 627 Ziff. 3) und dürfen — nur aus dem Reingewinn — erst ausgerichtet werden, nachdem eine gesetzliche Dividende von 4 % oder eine statutarisch höhere von der GV beschlossen und verteilt worden ist.

[26]) Vgl. Lehmann K. II 293, Anm. 3.

[27]) Vgl. Guhl II 299.

[28]) Vgl. § 8.

effektiver zu gestalten, hat OR 710 ihre Veräußerung oder Rückgabe vor der Dechargeerteilung verboten.

4. Die Vertretungsmacht.

Kollidiert die Verwaltung schon in der Ausübung ihrer internen Geschäftsführungstätigkeit mit den Interessen Dritter, so noch viel mehr bei der Vertretung gegen außen. Das OR erteilt diese Vertretungsmacht durch eine dispositive Norm, die vom Statut abgeändert werden kann, allen Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammen (OR 717 III). Das Statut kann an Stelle der Gesamtvertretung vorschreiben:

a) Einzelvertretung durch ein bestimmtes Verwaltungsratsmitglied oder durch alle oder einen Teil der Mitglieder.

b) Vertretung durch den Direktor, wobei aber mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung befugt sein muß (OR 717 I).

c) Kollektivvertretung durch je zwei oder mehrere bestimmte oder beliebige Mitglieder des Verwaltungsrates oder durch Verwaltungsräte zusammen mit Direktoren. Zulässig ist auch die Zeichnung kollektiv mit einem Prokuraträger. Sie hat aber nur den Wert einer Prokuraunterschrift.

Nach OR 641 Ziff. 7 wird „die Art der Ausübung der Vertretung" im Handelsregister eingetragen. Der Gläubiger kann sich an die Einträge im Handelsregister halten. Auch der zu Unrecht eingetragene gilt als Vertreter. Wer dagegen bösgläubig ist, kann sich auf den Eintrag nicht berufen.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Vertretene den Umfang der Vertretungsmacht, d. h. „das Rechtsverhältnis, vermöge dessen das Verhalten des Vertreters für den Vertretenen wirksam ist"[29]) frei bestimmen. Dem gegenüber ist der Umfang der Vertretungsmacht der Organe von Handelsgesellschaften in den meisten Rechten im Gesetz festgelegt. Es ist das

[29]) Vgl. Heß 17.

Interesse der Drittkontrahenten, das an Stelle der für Dritte schwer erkennbaren Kompetenzabgrenzung eine fest umschriebene Vertretungsmacht fordert. Das schweizerische Recht sah die Lösung des Problems der Gestaltung der Vertretungsmacht in einer weitgehenden Berücksichtigung beider Interessen. Dem Dritten gibt es einen weiten und leicht erkennbaren Umfang der Vertretungsmacht — die Vertreter können alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann (OR 718 I) — der in genereller Weise, durch Eintrag im Handelsregister, abgesehen von der Kollektivvertretung, nur auf die Zweigniederlassung beschränkbar ist. Dem gegenüber hat die AG die Möglichkeit, den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht dem einzelnen Dritten gegenüber durch Bösgläubigmachung (OR 718 II) nach ihren individuellen Bedürfnissen zu beschränken; ja in räumlicher Beziehung ist er sogar in allgemeingültiger Weise beschränkbar. Die Publikation genügt, um den Dritten bösgläubig zu machen[30]).

Der oft erhobene Einwand, daß der Begriff „Gesellschaftszweck" den Umfang der Vertretungsmacht nicht genau bestimmen lasse, ist nicht stichhaltig. Der Gesellschaftszweck ist im Handelsregister eingetragen und im Handelsamtsblatt veröffentlicht worden. Er ist somit eine ganz bestimmte Größe. Die Erkundigung nach dem Gesellschaftszweck einer AG ist für einen Dritten viel weniger mühsam als z. B. das Nachforschen über die Solvenz der AG. Das gewichtige Interesse der Dritten, der Schutz der Rechtssicherheit, bleibt mit der Regelung des OR vollauf gewahrt.

IV. Die Kontrollstelle.

Wie die Wahl der Verwaltung, so liegt auch die Wahl dieses dritten Organs der AG der GV ob. Während auch heute noch die nähere Ausgestaltung der Kontrollstelle den Statuten überlassen bleibt (OR 731), hat die Revision des Gesetzes eine erweiterte und zutreffendere Umschreibung ihrer Aufgaben gebracht. Die Revisoren brauchen nicht Aktionäre zu sein. Um

[30]) Vgl. für die Zerstörung des guten Glaubens: Heß 118 ff., wo auch die einschlägige Gerichtspraxis aufgeführt ist.

die Unabhängigkeit ihrer Kontrolle sicherzustellen, dürfen die Revisoren und Ersatzmänner weder der Verwaltung der AG angehören noch Angestellte der Gesellschaft sein (OR 727 III). Von einem Obligatorium der ausschließlichen Uebertragung der Kontrollaufgaben an Treuhandgesellschaften wurde dagegen Umgang genommen[31]).

Trotz der erwähnten Erweiterung ihrer Aufgaben beschränkt indes das Gesetz (OR 728/9) die Prüfungspflicht der Kontrollstelle in der Hauptsache auf die formelle Seite[32]), d. h. die Feststellungen, daß die Geschäftsbücher ordnungsgemäß geführt sind und daß die Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung sich in Uebereinstimmung mit den Büchern befinden (OR 728 I). Materiell besteht die Prüfungspflicht nur in der Untersuchung, ob das Geschäftsergebnis und die Vermögenslage der Gesellschaft in Uebereinstimmung mit den gesetzlichen und statutarischen Bewertungsgrundsätzen dargestellt worden sei.

Ein spezieller Schutz der Gesellschaftsgläubiger läßt sich aus diesen Bestimmungen über die Kontrollstelle nicht leicht herauskristallisieren. Die hauptsächlichste Sanktion liegt in der Verantwortlichkeit nach OR 754, wonach auch die Mitglieder der Kontrollstelle den Gläubigern gegenüber für die Verletzung der ihnen überbundenen Pflichten (OR 728—731) haftbar werden.

§ 7. Einmann-Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft.

I. Die Stellung des Gläubigers gegenüber der Einmann-AG.

Zur Gründung einer AG sind nach OR 625 I mindestens drei Personen erforderlich, weil nur dann die Bestellung der notwendigen Organe möglich ist. Nach der Gründung kann indes sehr wohl ein Aktionär alle Aktien übernehmen. Rechtlich wird damit die Beschränkung der Haftung dieser Einzelperson

---

[31]) Vgl. Curti 123 ff.
[32]) Vgl. Guhl II 309.

auf einen bestimmten Betrag — gleich dem Grundkapital der AG — erreicht. Dieses Gebilde wird als Einmann-AG[1]) bezeichnet. Es ersetzt das fehlende Institut der Einzelfirma mit beschränkter Haftung.

Wiewohl die Gründung einer Einmann-AG nach OR ausgeschlossen ist, anerkennt doch unser Recht den Tatbestand der Einmann-AG wenigstens insoweit, als der Richter nicht von Amtes wegen zum Einschreiten gezwungen ist (OR 625 II). Die Rechtsfähigkeit der Einmann-AG ergibt sich aus dem Wesen der AG als einer selbständigen rechtlichen Persönlichkeit, die, einmal entstanden, unabhängig von der Person derjenigen, denen jeweils die Aktien zustehen, weiter existiert[2]). Unter der Herrschaft des aOR noch hat das Bundesgericht[3]) entschieden, daß die Vereinigung aller Aktien in einer Hand keinen Auflösungsgrund bilde, indem es die analoge Anwendung von ZGB 77 auf die AG verneinte.

Die selbständige Rechts- und Parteifähigkeit der Einmann-AG darf indes nicht auf die Spitze getrieben werden. Man darf nie vergessen, daß es dieselben Interessen sind, die den Alleinaktionär sowohl mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen, wie auf das Privatvermögen leiten. Wohl kann der Alleinaktionär persönlich Rechtsgeschäfte mit sich und der Gesellschaft abschließen, aber die Grundsätze von Treu und Glauben werden hiebei zum einzigen aber strengen Kriterium. Insonderheit muß dieses „Mit sich selbst Kontrahieren" ernstlich gemeint sein, und soll nicht unerlaubten wirtschaftlichen Zwecken oder gar der Umgehung der das Grundkapital betreffenden Gläubigerschutzvorschriften dienen. Dieser Gedanke des Gläubigerschutzes hat denn auch seinen Niederschlag im Gesetz gefunden (OR 625 II). Wohl braucht der Richter nicht von Amtes wegen gegen die Einmann-AG einzuschreiten, aber die Gläubiger haben das Recht, unter Berufung auf ihre schutzwürdigen Interessen, vom Richter die Auflösung der tatsächlich mit dem Gesetz (OR 625 I) in Widerspruch stehenden AG zu verlangen[4]).

---

[1]) Vgl. Wieland II 385; Guhl II 275 ff. Fehr Werner, Die Einmanngesellschaft, Abh. z. Schw. R., Heft 65. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 10.

[2]) BGE 50. II. 168 ff., 45. II. 36.

[3]) BGE 45. II. 90 Erw. 3.

[4]) Vgl. Hagmann 77 ff.

II. Holdinggesellschaft und Gläubigerschutz.

Nach Siegwart[5]) ist im weiteren Sinne des Wortes jede AG, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht, eine Holdinggesellschaft (OR 671, 711). Als Holdinggesellschaften werden aber nur derartige Gesellschaften, die eine Beherrschung der Untergesellschaften zum Ziele haben, bezeichnet[6]) (Konzerne). Auf Spitzen- wie Tochtergesellschaft kommt das Aktienrecht zur Anwendung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit der Tochter-AG wird aber auch auf ihre rechtliche Stellung von mehr oder weniger weitgehendem Einfluß sein. In der Wahl der Form einer scheinbar selbständigen AG und in der Ausnützung der aktienrechtlichen Vorschriften, trotz der wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Spitzengesellschaft, kann eine große Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger einer Tochter-AG liegen. In Ermangelung von speziellen Gläubigerschutzvorschriften für die Rechtsform der Holdinggesellschaft — wie ja überhaupt außer den beiden Art. 671, 711 Bestimmungen über die Holdinggesellschaft im OR fehlen — muß der Schutz gesucht werden in den Bestimmungen über Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch, Verstoß gegen die guten Sitten (ZGB 2). Daß dabei der billige Interessenausgleich, Tochter- und Spitzengesellschaft einerseits, und respektive Drittrechte anderseits, den Richter im einzelnen konkreten Fall vor schwierige Ermessensfragen stellen kann, liegt auf der Hand[7]).

---

[5]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 152.

[6]) Vgl. Klingler 7; Liefmann 79.

[7]) Vgl. Komm. OR V. Abschnitt über die Holdinggesellschaft und die dort angegebene einschlägige Literatur.

3. Abschnitt.

Grundkapital und Gläubigerinteressen.

§ 8. Wesen und Funktionen des Grundkapitals und der Reserven.

I. Wesen und Funktionen des Grundkapitals.

Die AG ist eine Kapitalgesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich allein das Gesellschaftsvermögen haftet[1]). Zwischen den Gläubigern und den Aktionären der AG bestehen keine rechtlichen Beziehungen[2]). Der Aktionär ist lediglich zur Leistung des auf die einzelne Aktie entfallenden Betrages verpflichtet, wie er in den Gesellschaftsstatuten niedergelegt ist. Der Aktionär hat also nur eine interne Einlagepflicht, ohne direkte Haftung gegen außen, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber.

Zwei Dinge sind nun scharf auseinanderzuhalten: Gesellschaftsvermögen und Grundkapital.

Das Grundkapital, wie es vom schweizerischen Recht gefaßt wird, hat sich zu einer Summe entwickelt, die von dem wirklichen Gesellschaftsvermögen unabhängig ist. Sie nennt einfach den Betrag, der bei der Gründung gezeichnet werden muß, und der sich in der Folge dauernd gleich bleibt, also vom Gesellschaftsvermögen verschieden ist[3]). Das Grundkapital entspricht der Summe der den Aktien aufgedruckten Nominalbeträge. Es interessiert den Aktionär, weil es seine Beitragspflicht begrenzt.

Durch die Festsetzung eines festen Grundkapitalbetrages in den Statuten und dessen Eintragung im Handelsregister und Bekanntgabe an die Oeffentlichkeit durch das Handelsamtsblatt, erklärt die AG, das Gesellschaftsvermögen, mit dem allein sie den Gläubigern haftet, unter allen Umständen in der vor-

---

[1]) Vgl. Syz 15 ff.; Gegenbauer 8 ff.
[2]) Vgl. Lehmann K. I 215.
[3]) Vgl. Popp 32 ff.

gesehenen, unveränderlichen Minimalhöhe — der Grundkapitalsumme — erhalten zu wollen[4]). Das Grundkapital stellt den Betrag dar, den die Gesellschaft bei ihrer Entstehung als „Minimalgarantiefonds reinen Aktivvermögens“[5]) ihren Gläubigern zu reservieren verspricht. Aus dieser Garantiefunktion heraus läßt sich auch die weitere Funktion des Grundkapitals der AG erklären, daß es als wichtigste Basis für den Kredit der Gesellschaft zu gelten hat[6]). Für die Bewertung der Kreditwürdigkeit einer AG ist in erster Linie ausschlaggebend, wie weit ihr Kapitalfonds — das Grundkapital — noch intakt ist oder nicht.

Damit das Grundkapital seinen wichtigen Funktionen gerecht werden kann, und damit seine Beständigkeit gewahrt bleibe, hat das Gesetz im Interesse der Gläubiger eine Reihe von besonderen Maßnahmen getroffen.

II. Maßnahmen zum Zwecke der vollwertigen Erlangung und Erhaltung des Grundkapitals.

1. Bei der Gründung.

Das Grundkapital, als der von den Aktionären aufzubringende Vermögensfonds, muß voll gezeichnet sein, und ein Betrag von $^1/_5$ — mindestens aber Fr. 20 000.— — muß bei der Gründung, bzw. im Momente des Eintrages im Handelsregister, liberiert sein. Die Volliberierung des Garantiefonds ist im Interesse der Gläubiger auch gar nicht geboten, indem der Kapitalbedarf einer jungen AG meist ziemlich gering ist und erst im Laufe der Jahre ansteigt. Für die Frage, wie weitgehend der

---

[4]) Vgl. Lehmann K. I 158 ff.; Wieland II 17.
Guhl II 276: „Das Grundkapital ist der gegenüber den Gesellschaftsgläubigern garantierte Haftungsfonds der Gesellschaft.“

[5]) Vgl. Lehmann K. I 160; BGE 35. II. 303.
Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 5/6. „Daß ein Teil des Grundkapitals nicht einbezahlt ist, muß nicht publik gemacht werden, weil nicht voll einbezahlte Inhaberaktien nicht mehr möglich sind (OR 683), und weil ausstehende Beträge bei Namenaktien normalerweise die Sicherheit der Gläubiger erhöhen. Im Handelsregister ist dagegen der einbezahlte Betrag ersichtlich (OR 641 Ziff. 4, HRVO 83). Solange das Grundkapital nicht ganz aufgezehrt ist, besteht auch keine Pflicht, Verluste nach außen kund zu geben (OR 725 III).“

[6]) Vgl. Gegenbauer 25 ff.

Gläubigerschutz im Verfahren zur Aufbringung des Grundkapitals geregelt ist, vgl. §§ 4, 5, 16 ff. dieser Arbeit.

2. Während des Bestandes der AG.

Zu den Maßnahmen zur Erhaltung des Grundkapitals während des Bestandes der AG gehören unter anderem folgende Bestimmungen:

a) Die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz (OR 662 ff.), vgl. Ziff. 3 unten.

b) Das Verbot der Zahlung fester Zinsen (OR 675 I).

c) Das Verbot der Einlagerückerstattung an Aktionäre (OR 680 II), vgl. Ziff. 4 unten.

d) Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien durch die AG (OR 659), vgl. Ziff. 5 unten.

e) Die Vorschriften bei der Herabsetzung des Grundkapitals (vgl. § 10) und bei der Liquidation (vgl. § 11).

3. Die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz.

Diese Vorschriften (OR 662 ff. in Verbindung mit 957 ff.), wie auch das Verbot der Zahlung fester Zinsen für das Aktienkapital (OR 675 I) dienen dem Zweck, die Rückzahlung von Kapital an die Aktionäre in Form von fiktiven Dividenden, bzw. von festen, unabhängig von der Höhe des erzielten Ertrages zu entrichtende Zinsen zu verhindern.

Das in der Bilanz und in den Büchern die Höhe der Kapitaleinlage ausweisende Kapitalkonto des Einzelkaufmanns und der Gesellschafter der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft ist eine schwankende Größe. Es ist kein festes Grundkapital im Unternehmen investiert. Gewinn oder Verluste werden am Ende des Geschäftsjahres dem Kapitalkonto zugeschlagen oder von demselben abgezogen. Reingewinn liegt bei diesen Unternehmen insoweit vor, als das Gesellschaftsvermögen am Schlusse des Rechnungsjahres dasjenige am Anfang des Jahres übersteigt. Ob Gewinn oder Verlust vorliegt, ent-

scheidet sich daher lediglich nach dem Ergebnis des abgelaufenen Geschäftsjahres.

Bei der AG ist das Aktienkapital eine feste Größe. Es ergibt sich daraus der Grundsatz, daß Reingewinn nur insoweit vorhanden ist, als die Aktiven abzüglich Passiven, — also das Gesellschaftsreinvermögen[7]), dessen Höhe vom geschäftlichen Erfolg abhängig, ständigen Schwankungen unterworfen ist — am Ende der Geschäftsperiode das Aktienkapital und die Reservefonds übersteigt.

Um die Erhaltung eines Minimalgarantiefonds zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft[8]) zu kontrollieren und sicherzustellen, schreibt das Gesetz vor, der Betrag des Grundkapitals sei unter die Bilanzpassiven aufzunehmen (OR 668 I), damit das effektive Grundkapital, das als Aktivum in der Bilanz figuriert, nicht als bilanzmäßiger Gewinn erscheine[9]). Es erklärt die AG, nach Abwägung sämtlicher Aktiva und Passiva einen Betrag in der Höhe des Grundkapitals für die Gläubiger für deren Sicherstellung bereit zu halten, und das Gesellschaftsvermögen nicht unter jenen Betrag sinken lassen zu wollen. Trotz der grundsätzlichen Haftung des gesamten Gesellschaftsvermögens haben die Gläubiger kein Recht darauf, daß ihr Haftungsobjekt in seinem ganzen Umfang ihnen reserviert bleibe, — was direkt dem Zweck der Erwerbsgesellschaften zuwider laufen würde. Sie haben nur das Recht zu verlangen, daß dieser Vermögenskomplex nicht unter den Betrag des Grundkapitals, für den ihnen die Gesellschaft zum vorneherein garantiert, herabgemindert werde, ohne daß ihnen Gelegenheit geboten würde, sich für ihre Forderungen zu befriedigen. Insofern die Bilanzaufstellung[10]) unter Wahrung aller dafür bestehenden gesetzlichen Normen erfolgt, darf eine AG ihr Vermögen durch Divi-

---

[7]) Vgl. Wieland II 17 ff.

[8]) Vgl. Lehmann K. I 377.

[9]) Vgl. über den Zweck der Bilanz: Egger 17 ff.

[10]) Nach der Grundauffassung der guten Geschäftspraxis soll die Bilanzaufstellung mit Hinsicht auf die dauernde Sicherung des Weiterbetriebes des Unternehmens und damit des investierten Kapitals erfolgen. Die Bilanz der AG kennzeichnet sich als „Erfolgsermittlungsbilanz“ (vgl. Guhl II 299), d. h. sie soll den Vermögensstand der Gesellschaft gemäß dem geschäftlichen Erfolg seit der letzten vorgängigen Bilanz zeigen.

denden- und Tantièmenauszahlungen bis zum Betrage des Grundkapitals vermindern, ohne daß von einer Beeinträchtigung von Gläubigerrechten gesprochen werden darf[11]).

4. Das Verbot der Einlagerückerstattung.

OR 680 II sagt: „Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu."

Der Zweck des Einlagerückzahlungsverbotes ist offenbar ganz allgemein der, im Verein mit den andern, die vermögensrechtlichen Ansprüche des Aktionärs positiv normierenden Vorschriften, im Interesse vorzüglich der Gläubiger einen Abfluß des unverteilbaren Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre zu verhindern. Einerseits versagt das Gesetz dem Aktionär zwingend ein Recht auf irgendwelche Rückzahlungen auf seine Beteiligung, und anderseits gewährt es ihm lediglich einen Anspruch auf Auskehrung des nach Gesetz und Statuten verteilbaren bilanzmäßigen Reingewinns (OR 660), und, bei Auflösung der Gesellschaft, auf einen verhältnismäßigen Anteil am Ergebnis der Liquidation (OR 660 II). Irgendwelche andere finanzielle Leistungen[12]) an den Aktionär seitens der Gesellschaft sind nicht statthaft. Ein ganzer oder teilweiser Herauszug des Aktienbetrages ist nur im Falle einer gesetzmäßigen Einziehung von Aktien oder einer Herabsetzung deren Nennwertes, verbunden mit Rückzahlung von Kapital, zulässig (OR 732 ff.).

Die Rechtsfolge bei Uebertretung des Einlagerückerstattungsverbotes besteht in der Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäftes, was von Literatur und Rechtssprechung unbestrit-

---

[11]) BGE 12. 365 und § 6 II 2 dieser Arbeit.

[12]) BGE 35. II 303 wo das Verbot ausgedrückt ist, die einmal eingezahlten Aktienbeträge, für welche die Gesellschaft momentan kein Bedürfnis mehr hat, den Aktionären zurückzugeben, um die Einzahlungspflicht wieder aufleben zu lassen und von ihr später im Bedarfsfall eventuell wieder Gebrauch zu machen. — Nach Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 6 scheint der Weg, der im wirtschaftlichen Erfolge dem oben beschriebenen Tatbestand gleichkommt, erlaubt, die überflüssig gewordenen Beträge ohne Arglist den zahlungsfähigen Aktionären als zinslose Darlehen zeitweilig zurückzugeben. Darüber kann man aber m. E. geteilter Meinung sein.

ten anerkannt wird[13]). OR 680 II spricht dem Aktionär schlechterdings ein Recht zur Entgegennahme von Rückzahlungen auf die Einlage ab. Infolge dieser Nichtigkeit ist zunächst das dingliche Uebereignungsgeschäft, das die Leistung der Gesellschaft für die Aktien (Kaufpreis, evtl. andere Vermögensobjekte) zum Gegenstand hat, unwirksam, sodaß die Vermögenswerte jederzeit von der AG vindiziert werden können. Ist eine reale Vindikation wegen Vermischung (bei Geld nach ZGB 727), oder wegen Eigentumserwerb durch einen gutgläubigen Dritten (ZGB 933) nicht mehr möglich, so ist die AG auf die Geltendmachung des Bereicherungsanspruches angewiesen (OR 62 ff.). Für einen Schaden, welcher den Gesellschaftsgläubigern eventuell aus dem Geschäft entsteht, haften die fehlbaren Organe nach Maßgabe der Bestimmungen in OR 754 ff.[14]).

Eine Schwächung des Aktienkapitals kann außer durch direkte Kapitalrückzahlung auch in der verdeckten Form anderer unerlaubter Ausschüttungen an die Aktionäre (Zinse, fiktive Dividenden etc.) erfolgen.

Mit Siegwart[15]) muß eine direkte Klage des Gläubigers gegen den Aktionär als Empfänger der unerlaubten Zahlungen, mit dem Ziel der Leistung an den Kläger bis zur Höhe seiner Forderung, als der AG wesensfremd abgelehnt werden, da damit direkt eine persönliche Haftung des Aktionärs dem Gläubiger gegenüber statuiert würde. Zudem liegt in OR 755/6 der Rechtsgedanke ausgesprochen, daß der AG widerrechtlich entzogenes Vermögen wieder in ihr Vermögen bzw. Konkursmasse zurückfallen und nicht direkt den Gläubigern anfallen soll. Dagegen hat der Gläubiger die Möglichkeit, gegen die Gesellschaft auf Unterlassung oder Rückforderung der unzulässigen Ausschüttungen zu klagen[16]).

---

[13]) Vgl. Furrer 145.

[14]) Vgl. Wieland II 24.

[15]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 255.

[16]) Vgl. BGE 12. 357 und 365. Dazu § 6 II 2 dieser Arbeit. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 256.

5. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien durch die AG.

Die Ziele, die früher von den AG mit dem Erwerbe eigener Aktien verfolgt wurden, waren mannigfach[17]). Zu erwähnen sei nur der Rückkauf eigener Aktien zum Zwecke der Einziehung, was übrigens heute auch noch möglich ist, allerdings nur unter den Voraussetzungen von OR 659. Eine häufige Erscheinung war sodann die Aufnahme eigener Aktien auf dem Markte, speziell auf der Börse, zwecks Beeinflussung der Aktienpreisbildung oder aus Spekulationsgründen.

Erwerb und Besitz eigener Aktien schließen u. U. ernste Gefahren und Unzuträglichkeiten in sich für die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. Was insonderheit den Eingriff in die Interessensphäre der Gläubiger anbetrifft, der durch den Erwerb eigener Aktien durch die AG eintreten kann, so ist zu sagen, daß, soweit die Gesellschaft nicht in der Lage ist, den Kaufpreis aus Reserven zu leisten, diese Rückkäufe zu einer Belastung des Haftungskapitals der Gläubiger führen, indem Bestandteile desselben in eigene Aktien umgesetzt werden. Verschlechtert sich dann die geschäftliche Lage oder bricht die Gesellschaft zusammen, so zerfließt das in eigenen Aktien angelegte Garantievermögen (Grundkapital) in ein Nichts. Die Gefahr, daß die Gläubiger auf diese Weise zu Schaden kommen, ist bei Interventionskäufen schlechtsituierter Gesellschaften besonders groß, zumal gerade diese zu intensiverer Stützung gezwungen sind als andere. Vollends geht der Erwerb bei regelrecht notleidenden Unternehmungen, deren Verwaltung den Zusammenbruch nur noch durch Anwendung schwindelhafter Mittel hinauszuschieben vermag, auf Kosten der Gläubiger. Der Rückkauf der Aktien zu einem, ihrem derzeitigen Wert keineswegs angemessenen, sondern viel zu hohen Preis, führt hier zu einer eigentlichen Abfindung der veräußernden Aktionäre vor Befriedigung der Gläubiger. Deren Konkursdividenden werden um den Betrag der insgesamt ausgezahlten Aktienkaufpreise geschmälert.

---

[17]) Vgl. Beispiele bei Furrer 13 ff., wie überhaupt meine Arbeit in diesem Teile den trefflichen Ausführungen Furrers folgt.

Diese mit dem Erwerb und Besitz eigener Aktien verbundenen Gefahren und möglichen Benachteiligungen der Gläubiger, wie der Gesellschaft selbst und der Aktionäre, führten schon im aOR und noch schärfer bei der Revision des OR, dem Beispiele anderer Länder folgend, zur Statuierung eines generellen Verbotes des Erwerbes eigener Aktien (OR 659 I). OR 659 II Ziff. 1—5 schränkt dieses generelle Verbot durch fünf, durch das Geschäftsleben bedingte Ausnahmen ein, deren Voraussetzungen im Gesetze genau umschrieben werden, sodaß dabei die oben beschriebenen Gefahren für die Gläubiger nicht bestehen, z. T. weil die Ausnahmen in ihrem Interesse bestehen, z. T. weil zu Bedenken kein Anlaß vorliegt[18]).

Aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen[19]) rechtfertigt es sich, das Erwerbsverbot eigener Aktien durch die AG lediglich im Sinne einer Ordnungsvorschrift mit Schadenersatzfolgen auszulegen und von der Nichtigerklärung eines verbotswidrigen Erwerbes abzusehen. Im konkreten Fall muß aber immer untersucht werden, ob im fraglichen Geschäft nicht eine Verletzung des Einlagerückerstattungsverbotes liegt, und sich der Erwerb nicht darum doch als unwirksam bzw. nichtig qualifiziert.

Für einen aus der direkten oder umgehungsweisen Uebertretung und, seit der Revision, auch für den aus einer verbotenen Pfandnahme entstehenden Schaden sind die verantwortlichen Gesellschaftsorgane nach Maßgabe der in OR 754 ff. vorgesehenen allgemeinen Haftungsbestimmungen ersatzpflichtig. Es wird sich hier meist um sog. mittelbaren Schaden handeln, sodaß die Gläubiger nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft klagen können.

Was das Verhältnis von Erwerbsverbot und Einlagerückerstattungsverbot anbetrifft, so dienen beide dem Oberzweck der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. Wirtschaftlich und

---

[18]) Das Verbot für die AG, eigene Aktien zu erwerben oder zu belehnen, bezieht sich auf alle Geschäfte, die wirtschaftlich eine Rückzahlung des Aktienkapitals bedeuten. So Sten. Bull. St. R. 31., S. 366.

[19]) Vgl. BGE 43. II. 293 ff. Auch der Wortlaut von OR 659 deutet darauf hin, indem das absolute „ . . . kann eigene Aktien nicht erwerben . . ." der Entwürfe durch die Wendung „ . . . darf . . ." ersetzt ist.

rechtlich aber haben die beiden Verbote verschiedene Inhalte, indem sich das Einlagerückzahlungsverbot gegen einen ungerechtfertigten tatsächlichen Abfluß von Gesellschaftsvermögen an den Aktionär richtet, das Erwerbsverbot dagegen grundsätzlich gegen die Belastung des gesellschaftlichen Vermögens mit dem Risiko aus den eigenen Aktien[20]).

III. Die Reserven und ihre Funktionen.

Im Verhältnis zum einzelnen Unternehmen, gleichgültig in welcher Form es betrieben wird, läßt sich die Bedeutung der Reserven folgendermaßen umschreiben:

Sie verstärken die finanzielle Grundlage des Unternehmens, und bieten so eine gewisse Gewähr für seinen Bestand. Dies gilt auch für die Unternehmungen in der Form einer AG, ja es muß für sie ganz besonders Geltung haben, namentlich was die Verstärkung der finanziellen Grundlage, die Verbreiterung der Kreditbasis anbelangt, da ja bei ihnen das den Gläubigern haftende Kapital zum vorneherein gegeben und jede persönliche Haftung ausgeschlossen ist. Die gesetzliche Regelung, durch Reservefonds eine weitergehende finanzielle Fundierung zu schaffen, als sie durch bloßes Vorhandensein des Grundkapitals gegeben ist, ist daher bei der AG durchaus geboten. Und die vornehmste und eigentliche Aufgabe der Reserven besteht ja auch im Schutze des Grundkapitals[21]).

In der Verfügungsfreiheit über den Reservefonds ist die AG bzw. die Verwaltung absolut gebunden an den im Gesetz umschriebenen Zweck, wenigstens soweit dieser Reservefonds die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigt. Hauptzweck ist — im Interesse der Gläubiger — die Deckung von Verlusten. Dazu treten Maßnahmen, die geeignet sind, das Unternehmen

---

[20]) Vgl. Furrer 147 ff.; Lehmann K. II 79.

[21]) Vgl. Boßhard 19/20: „Reserven im aktienrechtlichen Sinn sind Vermögenswerte, welche für irgendwelche Zwecke von der Verteilung an die Aktionäre und andere Berechtigte ausgeschlossen und zusätzlich zum Aktienkapital zurückgestellt worden sind."

Preisig 12: Reserven sind „Mittel der Gesellschaft, die neben dem Grundkapital vorhanden und dauernd von der Verteilung oder Verwendung ausgeschlossen sind." Für die Arten der Reserven vgl. Boßhard 26 ff.

in Zeiten schlechten Geschäftsganges durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit zu steuern oder deren Folgen zu mildern (OR 671 III). Auch hier steht den Gesellschaftsgläubigern außer dem mittelbaren Schutz ihrer Interessen am Grundkapital durch Anhebung der Verantwortlichkeitsklage die Möglichkeit der Anhebung einer Anfechtungsklage zu, bei zweckwidriger Verwendung oder Mißachtung der gesetzlichen Reserven[22]).

Außer dem vom Gesetz vorgeschriebenen obligatorischen Reservefonds können die Statuten oder die GV weitere Fonds einführen (OR 672, 674 II)[23]).

§ 9. Die Erhöhung des Grundkapitals.

I. Allgemeines.

Wenn nun, wie vorhin gezeigt wurde, das Grundkapital ein notwendiger Bestandteil der AG ist, so erfolgt offenbar durch eine Erhöhung desselben eine Aenderung dieses Essentials, eine teilweise Neubildung, welche in dieser Beziehung die alte Gesellschaft beseitigt und eine neue an deren Stelle setzt. Daß unser Gesetz diese Hinüberleitung zu einem höheren Grundkapital nicht in der Form der Auflösung der alten und anschließender Neugründung der AG mit entsprechend höherem Grundkapital entwickelt hat, sondern die Identität der Gesellschaft beibehält, beruht auf dem praktischen Umstand, daß diese Kontinuität wesentliche Vorzüge hinsichtlich der Organe, der Geschäftsverbindungen und vermögensrechtlichen Lage bietet.

II. Art und Durchführung.

Grundsätzlich gilt hier das bei der Gründung Gesagte (vgl. § 4 ff. dieser Arbeit). Die Hinüberleitung zu einem höheren Grundkapital involviert einen Erhöhungsbeschluß der GV und

---

[22]) Vgl. Egger 80; Boßhard 174; BGE 27. II. 239, 12. 365.

[23]) Vgl. Boßhard 48: Weitere Reserven zum gesetzlichen Reservefonds hinzu liegen im Interesse der Gläubiger, indem dadurch die Stabilität des Grundkapitals erhöht wird. Vgl. auch Boßhard 108/9.

weiter, nach erfolgter Zeichnung der neuen Aktien einen Feststellungsbeschluß der GV nach OR 653 in Verbindung mit OR 635 II, 636 ff. Beide Beschlüsse sind beim Handelsregisteramt anzumelden und einzutragen, sobald auch der zweite, der Feststellungsbeschluß, vorliegt[1]).

Das Ziel der Kapitalerhöhung besteht entweder in der Erweiterung oder in der Sanierung des Unternehmens[2]). Denkbar ist eine Kapitalerhöhung auf zwei Arten: entweder durch Neuemission von Aktien oder durch Heraufsetzung des Nominalbetrages der alten Aktien unter gleichzeitiger Nachzahlung seitens der Aktionäre. In OR 650 ff. wird nur der Weg der Grundkapitalerhöhung mittelst „Ausgabe neuer Aktien" näher geregelt. Die zweite Möglichkeit wird im Gesetz nirgends erwähnt. Es steht ihr aber auch kein Verbot entgegen, wie es früher aOR 614 II ausdrückte. M. E. ist daher diese Möglichkeit im geltenden Recht gegeben[3]), allerdings unter der Voraussetzung, daß die Aktionäre mit einer solchen Nachleistung einverstanden sind[4]).

III. Erhöhung und Gläubigerinteressen.

Den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber haftet das erhöhte Grundkapital erst vom Moment der im Handelsregister vollzogenen Eintragung an[5]). Ein besonderes Gläubigerschutzverfahren, wie wir es bei der Herabsetzung des Grundkapitals finden, erübrigt sich bei dessen Erhöhung, indem die Gläubiger durch eine Vergrößerung ihres Minimalgarantiefonds ja nur besser gestellt werden. Eventuelle Haftungsansprüche der Gläubiger, die aus der einfachen oder qualifizierten Aufbringung des erhöhten Aktienkapitals entstehen könnten, regeln sich analog

---

[1]) Vgl. Beyle SJZ 308/328.
Die Ziffer des gegenwärtigen und wirklichen Grundkapitals wird erst geändert und im Handelsregister eingetragen, wenn die GV die Durchführung der Erhöhung festgestellt und genehmigt hat (vgl. Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 12; BGE 56. I. 212).

[2]) Vgl. Sigrist 13 ff.

[3]) Vgl. Büchler 3 ff.

[4]) OR 680 I: Die Leistungspflicht des Aktionärs ist auf den Nennwert seiner Aktien beschränkt plus ein evtl. Agio.

[5]) Sigrist 45; Büchler 29 ff.

derjenigen bei der Gründung und fallen unter den Titel der Gründerverantwortlichkeit nach OR 752 ff. (vgl. III. Teil dieser Arbeit). Insbesondere müssen die für die Gründung aufgestellten Spezialvorschriften für Einlage- und Sachübernahmegründungen auch bei der Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen[6]).

§ 10. Die Herabsetzung des Grundkapitals.[1])

I. Arten und Zweck der Herabsetzung.

Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger am Grundkapital als ihrem Haftungsfonds geht auf dessen Beständigkeit[2]). Während nun eine Erhöhung dieses Haftungsfonds den Gläubigern prinzipiell nur zum Nutzen gereicht und nicht schadet, werden von einer wirklichen Herabsetzung des Grundkapitals die Gläubiger sehr in Mitleidenschaft gezogen, weil ihre Sicherheit dadurch de jure verringert wird[3]). Diesen Rücksichten entspringt das bei der Herabsetzung einzuhaltende Gläubigerschutzverfahren der Art. 732—735 OR, das demjenigen bei der Liquidation nachgebildet ist. aOR 670 II verwies noch direkt auf die Bestimmungen der Liquidation[4]), während OR 732 ff. eine Regelung aufstellen, die wohl selbständiger Art ist, aber was besonders die Durchführung der Herabsetzung anbetrifft, auch heute noch der sinngemäßen Interpretation aus den Liquidationsbestimmungen bedarf[5]).

In der Literatur wird unterschieden[6]) zwischen effektiver Herabsetzung mit Rückzahlung bestimmter Beträge an die Ak-

---

[6]) Vgl. Henggeler 14.

Vgl. Hallstein 80: Das schweiz. Recht kennt kein sog. autorisiertes Grundkapital, das bei der Gründung eingetragen wird und als durch Erhöhung in Aussicht genommenes Endziel sich darstellt, wie das angloamerikanische Recht.

[1]) Vgl. dazu die beiden vorzüglichen Arbeiten von Mosimann und Zingg.

[2]) Vgl. Lehmann K. I 171.

[3]) Vgl. Zingg 5 ff.

[4]) Vgl. Müller E. 1 ff.; Zingg 14.

[5]) Vgl. Mosimann 8.

[6]) Vgl. Lardelli SJZ 12, S. 325. Sträuli, ZfSchwR 14, S. 34.

tionäre und nomineller, rein buchmäßiger Verminderung der in den Statuten festgesetzten Grundkapitalsziffer, ohne irgendwelche Auszahlung an die Aktionäre. Mit einem Fall der nominellen Herabsetzung befaßt sich speziell OR 735 näher, der von der „Herabsetzung im Falle einer Unterbilanz" handelt[7]). Durch Anpassung des Grundkapitals an den wirklichen Vermögensstand kann den bereits eingetretenen Verlusten der AG Rechnung getragen werden und die vorhandene Unterbilanz kann beseitigt werden, ohne daß auf die Gläubiger des Unternehmens in besonderer Weise Rücksicht genommen werden muß. Abgesehen von diesem Spezialfall in OR 735 unterstellt unser Gesetz die beiden genannten Arten der Herabsetzung grundsätzlich derselben Regelung.

Der Zweck der Herabsetzung braucht nicht nur in der Beseitigung einer Unterbilanz zu bestehen, vielmehr können verschiedene andere Gründe eine solche Reduktion des Grundkapitals wünschenswert erscheinen lassen, z. B. Geschäftsschrumpfung, Rückgang des Umsatzes, Sanierungen, Einschränkung des Geschäftskreises etc.[8]).

II. Durchführung der Herabsetzung und Gläubigerschutz.

Wiewohl das Gesetz die zulässigen Wege der Herabsetzung[9]) nicht aufzählt, so fallen sie doch allesamt unter die Bestimmung von OR 732 I, wonach jede beabsichtigte Grundkapitalsverminderung[10]) nur unter den zum Schutze der Gläubiger vorgesehenen Kautelen vor sich gehen darf. Diese sind folgende:

[7]) Vgl. Zingg 113.

[8]) Vgl. Guhl II 312; Zingg 8 ff.; Lardelli, a. a. O., gibt als Ursachen der Herabsetzung des Nominalkapitals an: „Entweder sei das Grundvermögen nicht mehr in seiner ursprünglichen Höhe vorhanden, oder es sei intakt, erweise sich aber für die Bedürfnisse der Gesellschaft als zu hoch."

[9]) Vgl. für die Arten der Herabsetzung: Mosimann 24 ff.

[10]) Ueberhaupt kann jede Machenschaft, die auf eine Grundkapitalherabsetzung hinausläuft, nur unter Innehaltung der Vorschriften über die Grundkapitalherabsetzung nach OR 732 ff. durchgeführt werden. Vgl. Guhl II 313; Müller E. 7.

1. In einem besonderen Revisionsbericht[11]) einer vom Bundesrat anerkannten Revisionsstelle muß festgestellt sein, daß die Forderungen der Gläubiger trotz einer allfälligen Verminderung des Grundkapitals voll gedeckt sind. Die Revisionsstelle handelt als Vertreter der Gesellschaftsgläubiger bei ihrer Begutachtung der Gläubigerstellung vor und nach der Herabsetzung (OR 732 II). Dieser Revisionsbericht muß auch bei der Herabsetzung im Falle einer Unterbilanz (OR 735) eingeholt werden, wie deutlich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung hervorgeht[12]). Die beauftragte Revisionsstelle nimmt ihre Prüfung vor auf Grund der Angaben in den Büchern der AG. Die Verwaltung der AG ist nach OR 662 und 957 verpflichtet, diejenigen Bücher zu führen, die u. a. zur Feststellung der Vermögenslage des Geschäftes notwendig sind[13]). Zingg will der Revisionsstelle auch das Einsichtsrecht und Aufschlußrecht gegenüber der AG, wie es Revisoren der Kontrollstelle genießen (OR 728 II), zubilligen, was m. E. durchaus angängig ist[14]).

2. Auf Grund dieses Revisionsberichtes wird in der GV der Herabsetzungsbeschluß gefaßt und in der Form einer Statutenänderung verankert (OR 732 I). Eine Statutenänderung erübrigt sich, wenn mit der Herabsetzung gleichzeitig eine Erhöhung des Aktienkapitals auf den bisherigen Betrag beschlossen wird. In diesem Fall sind nur die in der GV gefaßten Beschlüsse öffentlich zu verurkunden und dem Handelsregister anzumelden. Für die Neuausgabe der Aktien gelten die Vorschriften der Art. 650—653 OR. Die GV hat sich, im Falle der Annahme des Herabsetzungsvorschlages auch über die Einzelheiten des bei der Reduktion einzuschlagenden Weges, wie z. B. Art, Behandlung der Aktien, Rückzahlung etc., auszusprechen.

---

[11]) Zingg 69, für Form und Inhalt des Revisionsberichts: Zingg 76.

[12]) Anderer Meinung: Mosimann 37.

[13]) Vgl. Zingg 71.

[14]) Unter die mit der Kontrolle betrauten Personen könnte man auch die Revisionsstelle zählen. Allein die herrschende Meinung (Henggeler 33, Zingg 84/5) geht dahin, daß die unabhängigen Revisionsstellen diesen Bestimmungen nicht unterstellt sind, weil sich diese nur auf Personen innerhalb der Organisation der AG beziehen. Für die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommt somit OR 41 ff. analog zur Anwendung (vgl. Zingg 85).

In keinem Fall darf das Grundkapital unter das Minimum von Fr. 50 000.— reduziert werden[15]). Nach OR 732 IV ist ein aus der Herabsetzung zufällig sich ergebender Buchgewinn ausschließlich zu Abschreibungen zu verwenden.

3. Der Herabsetzungsbeschluß wird im Handelsregister vorgemerkt und zugleich sorgt die Verwaltung für gehörige Bekanntmachung der Herabsetzung durch dreimalige Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt und in den von der Gesellschaft bestimmten Blättern. In dieser Bekanntmachung werden die Gläubiger aufgefordert, binnen zwei Monaten von der dritten Bekanntmachung an Befriedigung für fällige oder Sicherstellung für nicht fällige oder streitige Forderungen zu verlangen. Unterbleiben können diese Formalitäten bei der nominellen Herabsetzung nach OR 735, wo die Verringerung des Grundkapitals nur auf dem Papier erfolgt, während in Tat und Wahrheit den Gläubigern immer ein gleicher Betrag verhaftet bleibt. Auf eine spezielle Aufforderung zur Anmeldung ihrer Ansprüche, wie sie OR 742 II bei der Liquidation ausdrücklich vorsieht, haben die bekannten Gesellschaftsgläubiger bei der Herabsetzung des Grundkapitals keinen gesetzlichen Anspruch. Während der Anmeldungsfrist von zwei Monaten darf die Herabsetzung des Grundkapitals nicht durchgeführt werden (OR 734). Während dieser Sperrfrist haftet die AG den alten Gläubigern gegenüber mit ihrem vollen, nicht herabgesetzten Vermögen, bis diese befriedigt oder sichergestellt sind. Der Gläubiger, der während der Sperrfrist seine Forderung angemeldet und Sicherheit erhalten hat, erfreut sich insofern einer privilegierten Stellung, als er im Konkurs der AG zuerst dieser Sicherheit sich bedienen und für den ungedeckt gebliebenen Restbetrag eine gewöhnliche Konkursforderung eingeben kann[16]). Gegenüber neuen Gesellschaftsgläubigern, deren Ansprüche erst nach der Bekanntmachung entstanden sind, haftet die AG nur mit dem herabgesetzten Aktienkapital, was die Notwendigkeit der Vormerkung der Herabsetzung im Handelsregister erhellt. Dieser Gläubigerkategorie sind rechtlich gleichgestellt die alten

[15]) Vgl. Müller E. 23 ff.
[16]) Vgl. Mosimann 43 ff.

Gesellschaftsgläubiger, die die Anmeldung ihrer Ansprüche innert der Sperrfrist unterlassen haben[17]).

4. Den Schluß des Herabsetzungsverfahrens bildet die Eintragung der beschlossenen Statutenänderung im Handelsregister, welche erst erfolgen kann nach Ablauf der Sperrfrist und gestützt auf eine öffentliche Urkunde, die die Erfüllung der Herabsetzungs- und insonderheit der einschlägigen Gläubigerschutzvorschriften feststellt und der der Revisionsbericht beizulegen ist (OR 734).

Da die Durchführung des Herabsetzungsbeschlusses ganz der Verwaltung der AG übertragen ist, untersteht sie für die Verletzung der ihr diesbezüglich obliegenden Pflichten der Haftung aus dem Titel der Verantwortlichkeit (vgl. III. Teil dieser Arbeit)[18]).

III. Verbot der Herabsetzung des Grundkapitals im Liquidationsstadium.

Die Frage, ob auch während der Liquidation eine Herabsetzung des Grundkapitals zulässig sei, muß verneint werden, obschon die AG auch nach dem Liquidationsbeschluß weiterbesteht. In einer Entscheidung vom 15. Mai 1919 legt das eidg. Justizdepartement[19]) die Gründe dar, welche gegen die Zulässigkeit der nominellen wie der effektiven Kapitalsherabsetzung im Liquidationsstadium sprechen. Die effektive Herabsetzung mit Rückzahlung von Einlagebeträgen an die Aktionäre ist im Rahmen der Liquidation undenkbar; sie erscheint an den Gedanken des fortdauernden Unternehmens gebunden. Aber auch eine bloß rechnerische Minderung der Grundkapitalsziffer ist nicht zulässig, da in diesem Falle vor Beendigung der Liquidation in geringerem Umfange als Grundkapital funktionieren würde, was sehr leicht zur Verschleierung des Standes der Ak-

---

[17]) Vgl. Mosimann 51; Zingg 101: Ausnahmen gelten sinngemäß für Ansprüche, für die besondere Sicherheiten bestellt sind. Diese bleiben ihnen verhaftet.

[18]) Vgl. Mosimann 44 ff.

[19]) Vgl. BBl. 68 I 308 ff.

tiven und Passiven führen könnte. Nach beendeter Liquidation aber wäre eine Herabsetzung des Grundkapitals völlig zwecklos, da alle Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind und neue Geschäftsverbindlichkeiten nicht eingegangen werden könnten[20]).

[20]) Vgl. darüber eingehender die Arbeit von Peduzzi 60 ff.

II. Teil.

Der Gläubigerschutz bei der Auflösung und Umwandlung der Aktiengesellschaft.

---

1. Abschnitt.

Die Stellung und der Schutz der Gläubiger in den Fällen der Auflösung der Aktiengesellschaft.

§ 11. Die Auflösung mit Liquidation.

I. Auflösung und Liquidation.

Die Auflösungsgründe für die AG sind zahlreich. OR 736 nennt:

1. Zeitablauf oder Erreichung des Gesellschaftszweckes nach Maßgabe der Statuten.
2. GV-Beschluß.
3. Konkurseröffnung (vgl. § 13).
4. Richterliches Urteil auf Verlangen von Aktionären, die $^1/_5$ des Grundkapitals vertreten und wichtige Gründe vorbringen.
5. Spezialfälle:
   a) Der Handelsregisterführer kann nach OR 711 IV eine AG, die den Nationalitäts- und Wohnortsbestimmungen betreffend die Verwaltung nicht nachkommt, als aufgelöst erklären (vgl. § 3).
   b) Nach OR 625 II kann der Richter auf Klage eines Aktionärs oder Gläubigers die Auflösung einer AG

verfügen, wenn der Tatbestand vorliegt, daß die Mindestzahl von 3 Aktionären nicht mehr vorhanden ist, oder ihr die vorgeschriebenen Organe fehlen, und diese Mängel nicht binnen angemessener Frist behoben werden.

c) Das gleiche Klagerecht steht nach OR 643 III den Gläubigern und Aktionären zu bei Gründungsmängeln, die gesetzliche oder statutarische Vorschriften verletzen[1]).

d) Auflösungsgrund ist für die AG auch die Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke (ZGB 57 III). Jedermann — auch der Gläubiger —, der ein Interesse an der Beseitigung dieses rechtswidrigen Zustandes hat, kann auf Auflösung der AG klagen[2]).

Normale Folge des Eintritts eines Auflösungsgrundes ist die Liquidation. Den Spezialfällen der Auflösung ohne Liquidation und der Beendigung der Tätigkeit der Gesellschaft infolge Konkurseröffnung sind die beiden folgenden §§ gewidmet.

Mit Eintritt des Auflösungsgrundes verschwindet die AG nicht spurlos aus der Welt, sondern die Gesellschaft besteht zu Liquidationszwecken weiter. Durch die Liquidationstätigkeit fällt das bisher durch die Körperschaftsform zusammengehaltene Vermögen nun auch wirtschaftlich auseinander. Dieses Abwicklungsverfahren besteht in der Erledigung der bestehenden Schuldverhältnisse, Einziehung der Forderungen und Tilgung der Schulden[3]).

Die gesetzliche Regelung der Liquidation (OR 737—747) ist durchwegs durchleuchtet vom Leitgedanken des Gläubigerschutzes, und dies mit Fug und Recht. Denn mit der Auflösung der AG verschwindet eine Rechtspersönlichkeit aus dem Blickfeld und Haftungsbereich der Gläubiger. Ziel und Aufgabe des

---

[1]) Hier ist allerdings die Einhaltung der Frist von 3 Monaten Prozeßvoraussetzung, OR 643 IV.

[2]) Vgl. Mosimann 12.
Vgl. zu § 11 I: Guhl 314; Mosimann 10 ff.; Lehmann II 50 ff.

[3]) Vgl. Wiener 351 ff.: „Begrifflich besteht das Wesen der Liquidation in der Umsetzung des Vermögens in Geld."

Gesetzes ist es, trotzdem den wirtschaftlichen Haftungsstock der aufgelösten Gesellschaft, ihr Vermögen, den Gläubigern zur Befriedigung ihrer Ansprüche zur Verfügung zu halten. Bei einer Personalgesellschaft können sich die Gläubiger trotz erfolgter Abwicklung Befriedigung ihrer Forderungen aus dem Vermögen der einzelnen Mitglieder verschaffen. Nicht so dagegen bei der AG. Daher der Satz, daß aus dem Vermögen der liquidierten Gesellschaft die Gläubiger vorweg zu befriedigen sind. Daher die Institution des Schuldenrufs, um den Gläubigern die Möglichkeit zu geben, ihre Ansprüche so rechtzeitig zur Geltung zu bringen, daß sie nicht vor dem fait accompli der erfolgten Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre stehen. Nicht minder ist im Interesse der Gläubiger eine gehörige Verwertung des Gesellschaftsvermögens geboten.

II. Die Durchführung der Liquidation.

Sobald der Auflösungsgrund rechtsgültig ist, muß die AG mit dem Zusatz „in Liquidation" im Handelsregister eingetragen werden[4]). Verlust der juristischen Persönlichkeit und endgültige Löschung finden erst dann statt, wenn das Liquidationsverfahren durchgeführt und auch die Auseinandersetzung unter den Aktionären vollzogen ist (OR 737—739, 746)[5]). Während der Liquidation behält die AG zwar ihre bisherigen Organe bei, aber ihre Befugnisse sind auf die zur Durchführung des Liquidationsverfahrens nötigen Handlungen beschränkt, die nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (OR 739 II). Die eigentlichen im Abwicklungsverfahren handelnden Personen sind die Liquidatoren, die mit der Verwaltung nicht notwendigerweise identisch zu sein brauchen, aber im Handelsregister einzutragen sind. Den Gläubigern steht nur im Falle von OR 741 II ein Antragsrecht auf Bestellung bestimmter Personen als Liquidatoren zu.

---

[4]) OR 737.

[5]) Nach Lehmann K. II 548 „tritt die Verlängerung der Körperschaftsidee bis zur vollendeten Abwicklung als ein Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit hervor".

Die eigentliche Abwicklungstätigkeit der Liquidatoren besteht in der Umsetzung oder Versilberung des Gesellschaftsvermögens, Befriedigung der Gläubiger und Verteilung des Reinvermögens an die Mitglieder in der Form des Liquidationsanteils. Es rechtfertigt sich, die Normen, die eine Haftung der Mitglieder der Verwaltung gegenüber den Gläubigern statuieren, auch auf die Liquidatoren zu erstrecken. Die schuldhafte — absichtliche oder fahrlässige — Nichtbeachtung im Interesse der Gläubiger ergangener Normen macht deshalb die Liquidatoren auch den geschädigten Gläubigern gegenüber zivilrechtlich verantwortlich (OR 754 II, vgl. III. Teil dieser Arbeit).

Im Einzelnen besteht die Liquidationstätigkeit in folgenden Maßnahmen:

1. Zur Gewinnung einer genügenden Uebersicht über die Vermögenslage der AG haben die Liquidatoren bei der Uebernahme ihres Amtes eine Bilanz aufzustellen, der bei länger dauernder Liquidation jährliche Zwischenbilanzen zu folgen haben (OR 742 I, 743 V, 662 ff., 958—961).

2. Dazu ist allen Gläubigern die Liquidation bekanntzugeben unter gleichzeitiger Aufforderung zur Anmeldung ihrer Ansprüche (Schuldenruf). Die bekannten Gläubiger haben dabei Anrecht auf eine spezielle Mitteilung (OR 742 II), z. B. mittelst eingeschriebenem Brief.

3. Die Versilberung der Aktivwerte der Gesellschaft kann auch durch freihändigen Verkauf geschehen, außer wenn die GV etwas Anderes anordnet (OR 743 IV). Die Gesellschaft in Liquidation haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Liquidator in Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit begeht (OR 743 VI)[6]).

4. Die Gläubiger fälliger Forderungen[7]) der AG sind nach Maßgabe ihrer einzelnen Forderungen zu befriedigen[8]). An die Stelle der direkten Bezahlung tritt gerichtliche Hinterlegung

---

[6]) Vgl. OR 718 III; ZGB 55.

[7]) Vgl. 743 und 744.

[8]) Vgl. Lehmann K. II 581: Eine paritätische Reihenfolge der Befriedigung ist nicht verlangt, sodaß diese dem pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren anheimgestellt ist.

für nichtangemeldete Ansprüche bekannter Gläubiger und für nicht fällige oder streitige Forderungen angemeldeter Gläubiger. In den beiden letzten Fällen kann auch eine andere gleichwertige Sicherheit geleistet oder die Verteilung ausgesetzt werden.

Die unbekannten Gläubiger, die trotz des Schuldenrufs ihre Ansprüche nicht anmeldeten, können wohl aus dem unverteilten Gesellschaftsvermögen Befriedigung suchen, solange das Sperrjahr läuft. Nachher können sie aber nicht etwa Aktionäre, welche Austeilungen empfangen haben, aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung belangen. Dies wäre nur möglich, wenn die Verteilung vor der gesetzlichen Sperrjahrsfrist und ohne bewilligenden Richterspruch erfolgt wäre. Die Gläubiger können auch nicht direkt die Aktionäre in der noch der Liberierung harrenden Höhe ihrer Einlage heranziehen, da dieser Anspruch nur der Gesellschaft selbst zusteht. Dagegen erachte ich mit Lehmann[9]) den Weg der Abtretung dieses Anspruches auf Volliberierung der Einlage gegenüber dem einzelnen Aktionär seitens der Gesellschaft an die Gläubiger als durchaus möglich und gangbar.

Sobald die einzelnen Liquidationsraten verbindlich festgestellt sind, wird auch der Anspruch der Aktionäre auf den Liquidationsanteil zu einem Gläubigerrecht mit selbständigem Klageanspruch (vgl. § 2 II).

5. Eine Verteilung des nach Tilgung der Gesellschaftsschulden verbleibenden Vermögens an die Aktionäre darf vom Richter nur dann vor Ablauf des sog. Sperrjahres[10]), das mit der dritten Veröffentlichung des Schuldenrufs zu laufen beginnt, wenn er die Gewißheit erlangt hat, daß dies ohne Benachteiligung der Gläubigerinteressen geschehen kann (OR 745 III).

---

[9]) Lehmann K. II 588.

[10]) Vgl. Friedländer 56 ff.: Umgehung der Sperrjahrsvorschrift bei der Liquidation speziell bei Terraingesellschaften durch GV-Beschluß, wonach den Aktionären sofort zahlbare zinsfreie Darlehen gewährt werden in der Höhe der ersten Liquidationsrate. Nach Ablauf des Sperrjahres erfolgt dann Verrechnung. Der Schutz der Gläubiger gegen solche Machenschaften wird in ZGB 2 II in Verbindung mit OR 745 II und III zu suchen sein.

Es besteht keine rechtliche Verpflichtung der Gläubiger, die vorzeitige Rückzahlung eines an sich noch nicht fälligen Darlehens im Falle der Liquidation anzunehmen[11]), vor allem auch nicht mit Abzug des Zwischenzinses bis zur Fälligkeit[12]). Umgekehrt kann aber der Gläubiger einer nicht fälligen Forderung von der AG nicht Zahlung sondern alternativ nur Hinterlegung, gleichwertige andere Sicherheit oder Aufschub der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit verlangen (vgl. OR 744 II).

6. Von den Liquidatoren ist das Erlöschen der Firma im Handelsregister nach Beendigung der Liquidation anzumelden, und jene bzw. bei deren Uneinigkeit das Handelsregisteramt haben für eine zehnjährige Aufbewahrung der Geschäftsbücher zu sorgen. Nach der Löschung hervortretende Vermögenswerte bedingen eine Wiederaufnahme der Liquidationstätigkeit durch die alten bzw. neue Liquidatoren. Dieses Begehren kann durch einen Gläubiger beim Richter angebracht werden[13]).

Alle Verletzungen dieser, den Liquidatoren im Interesse der Gesellschaftsgläubiger übertragenen Obliegenheiten, machen jene den Gläubigern gegenüber zivilrechtlich schadensverantwortlich (OR 754 II, vgl. III. Teil dieser Arbeit).

§ 12. Die Auflösung ohne Liquidation.

I. Veräußerung des Vermögens einer AG mit Aktiven und Passiven.[1])

Das Liquidationsverfahren kann dadurch vereinfacht werden, daß die Liquidatoren, gestützt auf einen GV-Beschluß[2]), das Vermögen der AG als Ganzes, mit Aktiven und Passiven

---

[11]) Vgl. Oberer 73 ff.

[12]) Die Liquidation bewirkt nicht wie die Konkurseröffnung Fälligkeit sämtlicher gegen die AG bestehenden Ansprüche.

[13]) So auch Mosimann 19.

[1]) OR 181.

[2]) Für diesen Beschluß ist m. E. auch OR 649 anwendbar.

verkaufen. Auf diese Transaktion ist OR 181 anwendbar[3]). Der Kaufpreis muß zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger verwendet werden, die den Erwerber des Vermögens nicht als neuen Schuldner angenommen haben. Diese Form des Verkaufs mit Aktiven und Passiven wird auch gewählt werden zur Uebertragung des sog. Aktienmantels der AG[4])[5]).

II. Die Fusion von Aktiengesellschaften.

1. Unternehmenskonzentration.

Ein hervorstechendes Zeichen unserer Zeit ist die Konzentration[5]) der Wirtschaft, die sich naturgemäß in ausgedehntem Maße auch auf die im wirtschaftlichen Leben so tief verankerte Gesellschaftsform der AG erstreckt. Das Aufsaugen kleiner, nicht lebenstüchtiger Unternehmungen durch größere und stärkere kann ein rein wirtschaftlicher Prozeß sein und ohne besondere rechtliche Untermauerung bleiben. Man denke an die Abkommen gegenseitiger Zusammenarbeit, die bis zum „Aufsaugen" sich steigern können, in den Formen der Kartelle, Syndikate, Ringe, Beteiligungs-, Finanzierungs- und Holdinggesellschaften, Trusts. Von diesen bloß wirtschaftlichen Verbindungen sind diejenigen zu unterscheiden, bei denen auch rechtlich eine Verschmelzung der verschiedenen Gesellschaften stattfindet. In diesem Falle sprechen wir von F u s i o n.

2. Begriff und Arten der Fusion.

Von der sub 1 oben erwähnten Auflösungsart ohne Liquidation, wo die Liquidatoren das Vermögen als Ganzes mit Aktiven und Passiven verkaufen, unterscheidet sich die Fusion insofern, als hier „nicht nur das Vermögen als Einheit, sondern auch

---

[3]) Vgl. Fick 12: Es handelt sich um ein Kaufgeschäft, verbunden mit einem gewöhnlichen Schuldübernahmevertrag.

[4]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 22 ff., 45.

[5]) Vgl. Lehmann W. 1 ff.
Dieser Schriftsteller bezeichnet als Konzentration ganz allgemein den Zusammenschluß von industriellen und kommerziellen Unternehmen zum Zwecke besserer Organisation der Produktion und des Absatzes.

die Mitglieder der aufgenommenen in die aufnehmende Gesellschaft übergehen“[6]). Unser Gesetz hat von einer Definition des Begriffs der Fusion Umgang genommen. In der Literatur[7]) wird dieser Begriff gewöhnlich umschrieben als

> „Uebertragung des Vermögens als Ganzes einer oder mehrerer AG auf eine andere AG, unter Gewährung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft(en) und unter Aufstellung eines ganz bestimmten Schutzes der Gläubiger der aufzunehmenden Gesellschaft(en).“

OR 748/9 regeln ausdrücklich — im Gegensatz zu aOR 669 — zwei Fusionsarten: Annexion oder Inkorporation, d. h. Uebernahme einer oder mehrerer AG durch eine schon bestehende AG, und Kombination, d. h. Verschmelzung zweier oder mehrerer AG zu einer neuen, vorher nicht existierenden Gesellschaft[8]). Diese letztere Art der Fusion ermöglicht es somit, eine AG auf einem dritten Wege, neben Simultan — und Sukzessivgründung, zu errichten, was die Anwendung der Bestimmungen über die Gründung der AG (OR 634 ff.) im Interesse der Aktionäre und besonders Dritter notwendig macht (OR 749 II).

3. Der Fusionsverlauf.

Grundlage der Fusion ist in beiden Fällen ein Fusionsvertrag[9]), der alle für die Fusion maßgebenden Bedingungen enthält. Voraussetzung der Parteifähigkeit in einem solchen Fusionsvertrag ist der Eintrag im Handelsregister, wodurch die rechtliche Existenz als AG bekundet wird (OR 643)[10]). Die herrschende Ansicht anerkennt auch eine Fusion liquidierender

---

[6]) Vgl. Guhl 317.

[7]) Vgl. Lehmann W. 14; Spillmann 30 ff.; Curti 178 ff.

[8]) Vgl. Lehmann W. 15.

[9]) Der Fusionsvertrag bedarf bei der Annexion keiner besonderen Form, während er bei der Kombination öffentlich beurkundet werden muß (OR 749 III Ziff. 1).

[10]) Vgl. Spillmann 48.

AG[11]), wobei bei der Kombination OR 749 I ausdrücklich bestimmt, daß die weitere Liquidation unterbleiben soll. Fusionsparteien sind bei der Annexion die zu übernehmende und die übernehmende AG, bei der Kombination die sich vereinigenden AG[12]). Ist der Fusionsvertrag definitiv entworfen, so haben die GV der verschiedenen Gesellschaften die Fusion zu beschließen. Verhandlungsgegenstände der zur Auflösung bestimmten Gesellschaft(en) sind[13]):

a) Genehmigung des Fusionsvertrages, wobei OR 649 zu beachten ist.

b) Auflösungsbeschluß, worüber nach OR 736 II eine öffentliche Urkunde zu entrichten ist.

c) Bei der Kombination erwachsen aus ihrem Wesen als Gründungsart noch weitere Pflichten. OR 749 III Ziff. 1 bestimmt darüber:

> „In öffentlicher Urkunde haben die Gesellschaften den Fusionsvertrag abzuschließen, die Statuten der neuen Gesellschaft festzusetzen, die Uebernahme sämtlicher Aktien und die Einbringung des Vermögens der bisherigen Gesellschaften zu bestätigen und die notwendigen Organe der neuen Gesellschaft zu ernennen."

Verhandlungsgegenstände der übernehmenden Gesellschaft sind:

a) Genehmigung des Fusionsvertrages.

b) Kapitalerhöhungsbeschluß.

Nach der Vermögensübertragung werden die Aktien der Uebertragerin gegen solche der übernehmenden AG nach Maßgabe des Fusionsvertrages umgetauscht und direkt an die Aktionäre abgegeben (OR 748 Ziff. 8, 749 III Ziff. 4).

---

[11]) Vgl. Fick, Zeitfragen 60, S. 10; Zollikofer 44.

[12]) Zweck der Fusion ist ja die Erhaltung der Kontinuität eines Betriebes unter Vermeidung von Liquidation und Neugründung.

[13]) Vgl. Lehmann W. 45 ff.; Curti 181.

4. Der Schutz der Gläubiger der annektierten oder kombinierten AG.

Grundsätzlich finden die Gläubigerschutzvorschriften in OR 748 auf beide Fusionsarten, Annexion und Kombination, Anwendung, denn für das Rechtsverhältnis des Gläubigers dem neuen Schuldner gegenüber ist es gleichgültig, ob dieser letztere durch die Fusion erst geschaffen wurde — wie bei der Kombination —, oder schon vorher bestand — Annexion —. Ein einschneidender Schutz für die Gläubiger der annektierten bzw. kombinierten AG ist nötig, weil der Vermögensübergang auf die aufnehmende bzw. kombinierte AG erfolgt in der Form der Universalsukzession. Durch diesen Uebergang uno actu erübrigt sich eine Tradition von Mobilien, eine Indossierung von Ordrepapieren. Grundstücke wechseln den Eigentümer von Gesetzes wegen, nicht erst mit dem Grundbucheintrag. Forderungsrechte werden ohne Zession übertragen, und die Schulden werden ohne weiteres Schulden der aufnehmenden bzw. kombinierten Gesellschaft[14]). Darin liegt der Unterschied der Fusion zum Uebergang eines Vermögens mit Aktiven und Passiven gemäß OR 181, wo die Sicherung der Gläubigeransprüche in der solidarischen Haftbarkeit des alten Schuldners neben dem neuen während zwei Jahren liegt. Diese Sicherheit wäre aber gerade im Falle der Fusion illusorisch, weil ja die annektierten bzw. kombinierten Gesellschaften im Moment der Vermögensübertragung ihre Existenz verlieren und im Handelsregister gelöscht werden (OR 748 Ziff. 7)[15]).

Dem berechtigten Interesse der Gläubiger an dem ihnen verhafteten Vermögen der aufzunehmenden bzw. sich vereinigenden AG hat das Gesetz dadurch Rechnung getragen, daß es solange eine getrennte Verwaltung der Vermögen der aufgelösten Gesellschaften statuiert, bis deren Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Die Benachrichtigung der Gläubiger erfolgt mittelst Schuldenruf (OR 748 Ziff. 1). Eine restlose Vereinigung mit dem übrigen Vermögen der Uebernehmerin

[14]) Vgl. Guhl 317.

[15]) Vgl. v. Steiger 86/7, der mit Recht die Bestimmung in OR 748 Ziff. 7 kritisiert, wonach die Löschung der aufgelösten Gesellschaft erst nach Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgen soll.

darf frühestens nach einem Jahr seit dem zum dritten Mal ergangenen Schuldenruf stattfinden (OR 748 Ziff. 6 in Verbindung mit 745 II)[16]), auf jeden Fall aber erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger der Uebertragerin[17])[18]).

Das Unterlassen der Anmeldung seiner Ansprüche auf den ergangenen Schuldenruf hin hat für einen Gläubiger folgende Konsequenzen:

a) Der Anspruch eines aus den Büchern ersichtlichen Gläubigers ist vom Schuldner — der übernehmenden AG — gerichtlich zu hinterlegen (OR 744).

b) Ein unbekannter Gläubiger wird für seinen Anspruch den gewöhnlichen Gesellschaftsgläubigern der Uebernehmerin gleichgesetzt.

Während der Dauer der getrennten Vermögensverwaltung haftet das Vermögen der inkorporierten Gesellschaft nicht für Gläubigeransprüche gegenüber der Uebernehmerin, sondern ist nur zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu verwenden (OR 748 Ziff. 5)[19]). Damit steht in Uebereinstimmung der Wortlaut von OR 748 Ziff. 5 a. E., wonach

„im Konkurse der übernehmenden Gesellschaft das übernommene Vermögen eine besondere Masse bildet und, soweit nötig, ausschließlich zur Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu verwenden ist“[20]).

---

[16]) Dabei kann m. E. der Richter, in Analogie zu OR 745 III, eine frühere Vereinigung der Vermögen bewilligen, insoweit „nach den Umständen eine Gefahr für die Gläubiger ausgeschlossen erscheint“. So auch Lehmann W. 67.

[17]) Vgl. Spillmann 62; Bachmann Komm. aOR 669, Anm. 7.

[18]) Was als genügende Sicherheit angesehen werden soll, stellt sich als Tat-, nicht als Rechtsfrage dar. Der Ermessensentscheid muß von Fall zu Fall in Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der beteiligten Gesellschaften gefällt werden.

Vgl. dazu auch Spillmann 66; Lehmann W. 72; Fick 60.

Die Gläubiger haben kein Einspracherecht gegen die Sicherheitsleistung, sondern können nur auf Bestellung besserer Sicherheit beim Richter klagen. Vgl. Fick 62.

[19]) Der Gewinn des getrennt verwalteten Vermögens kommt dagegen voll und ganz der Uebernehmerin zu. Vgl. Lehmann W. 68 ff.

[20]) Vgl. Blumenstein ZbJV 73/353 ff.

Die Wirkung besteht somit in einer Aussonderung des getrennt verwalteten Vermögens, das damit dem alleinigen Zugriffsrecht der Gläubiger der Uebertragerin erhalten bleibt. Ein eventueller Ueberschuß fällt in die Konkursmasse der Uebernehmerin zurück, welche aber den Gläubigern der übernommenen AG für einen allfälligen Ausfall in der Deckung ihrer Ansprüche einzustehen hat[21]).

Ein indirekter Druck zur Aufrechterhaltung der getrennten Vermögensverwaltung liegt in der Bestimmung, daß die Mitglieder der Verwaltung der übernehmenden Gesellschaft den Gläubigern für Pflichtverletzungen persönlich und solidarisch verantwortlich werden (OR 748 Ziff. 3).

Um den Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auch in der gerichtlichen Durchsetzung seiner Ansprüche durch die Fusion nicht schlechter zu stellen, läßt OR 748 Ziff. 4 „den bisherigen Gerichtsstand der (aufgelösten) Gesellschaft für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung weiterbestehen". Damit hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem Gerichtsstand am Sitze der Uebernehmerin oder am Sitze der aufgelösten Gesellschaft[22]).

Zweck und Sinn der Gläubigerschutzvorschriften sind also, wie Spillmann[23]) sich ausdrückt, „die Gläubiger für den aufgezwungenen Schuldnerwechsel, der gegebenenfalls eine Gefährdung ihrer Forderungen bedeutet, sicherzustellen, d. h. das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft als Sicherheit, in seinem Bestande im Zeitpunkt der Fusion zu erhalten, sodann aber namentlich für deren Befriedigung zu sorgen, sodaß nach Ablauf des Sperrjahres keine Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft mehr vorhanden sind."

[21]) Die Gläubiger der übernommenen AG sind also besser gestellt, denn ihnen haftet das übernommene Vermögen und das Vermögen der Uebernehmerin. Dem gegenüber werden die Gläubiger der Uebernehmerin geschmälert, indem sie u. U. mit ihren Ansprüchen in Konkurrenz treten müssen mit den Gläubigeransprüchen der Uebertragerin.

[22]) Vgl. ZbJV 41/601; Lehmann W. 69.

[23]) Vgl. Spillmann 61.

III. Die Uebernahme einer AG durch eine Kommandit-AG.

Dieser Tatbestand bildet keine besondere Fusionsart. OR 750 ist inhaltlich selbstverständlich, da die Kommandit-AG in OR 764—771 lediglich als Abart der AG geregelt ist. Dadurch, daß die persönlich haftenden Verwaltungsmitglieder der Kommandit-AG Schuldner der Verpflichtungen der übernommenen AG werden (OR 750 I), verbessert sich naturgemäß die Stellung der Gläubiger der AG wesentlich, sodaß die Gläubigerschutzvorschriften von OR 748 nur insoweit (OR 750 II) zur Anwendung kommen, als die Gläubiger nicht schon durch diese zusätzliche persönliche Haftung geschützt sind. Wesentlichste Bestimmung wird auch hier die getrennt zu haltende Vermögensverwaltung sein, für deren Durchführung die Verwaltungsmitglieder der Kommandit-AG persönlich und solidarisch einzustehen haben.

IV. Die Uebernahme einer AG durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Für den Fall der Verstaatlichung einer AG, d. h. Uebernahme durch den Bund, einen Kanton, oder unter Garantie des Kantons durch einen Bezirk oder eine Gemeinde, hat das Gesetz auf ein Gläubigerschutzverfahren, wie es sub II und III oben beschrieben ist, verzichtet. Dies rechtfertigt sich durchaus, indem die staatliche Garantie von Bund oder Kanton den Gläubigeransprüchen am Vermögen der übernommenen AG genügende Sicherheit bietet. Diese staatliche Garantie tritt in Funktion, sobald der der Uebernahme zustimmende GV-Beschluß im Handelsregister eingetragen ist. Mit diesem Zeitpunkt erfolgt von Gesetzes wegen der Uebergang des Eigentums, der Forderungen, und der Schulden auf das Gemeinwesen, das nun für letztere den Gläubigern gegenüber haftet[24]).

---

[24]) Vgl. Lehmann K. II 538; Guhl II 316; Lehmann W. 72.

§ 13. Der Konkurs der Aktiengesellschaft.

Unser Gesetz stellt in Parallele zu den meisten ausländischen Gesetzgebungen die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der AG als einen selbständigen Auflösungsgrund hin (OR 736 Ziff. 3). Im Rahmen dieser Arbeit erachte ich es daher als gegeben, die Stellung der Gläubiger gegenüber der AG als Gemeinschuldnerin einer summarischen Uebersicht zu unterziehen. Für alle Detailfragen betreibungsrechtlicher Natur verweise ich auf die einschlägige Literatur[1]).

I. Konkursfähigkeit und Konkursgründe.

Die Konkursfähigkeit der AG ergibt sich aus der ihr als juristischer Person (ZGB 54) zukommenden Handlungs- und Parteifähigkeit, und aus ihrer Eintragung im Handelsregister (SchKG 39 Ziff. 7)[2]).

Die Tatsachen, deren Vorhandensein die Eröffnung des Konkurses gegenüber einer AG ermöglichen (Konkursgründe), sind die gewöhnlichen formellen (ordentliche Konkursbetreibung und Wechselbetreibung)[3]) und materiellen des SchKG, letztere allerdings mit gewissen, aus der Natur der AG fließenden Aenderungen.

Die materiellen Konkursgründe erlauben eine Konkurseröffnung gegenüber der AG ohne Durchführung eines Einleitungsverfahrens, wie es bei den formellen zu geschehen hat. Voraussetzung ist nur das alternative Vorhandensein folgender

---

[1]) Vgl. Henze und Blumenstein. Dazu auch die Spezialregeln über den Konkurs besonderer Arten von AG: Bankengesetz, BG betr. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen vom 25. September 1917, etc.

[2]) Die sechsmonatige Fortdauer der Konkursfähigkeit nach Löschung der Eintragung gilt für die AG nicht, denn mit der Löschung des Eintrages, der ihr die juristische Persönlichkeit verlieh, geht sie derselben auch wieder verlustig. BGE 42. III. 37 ff.

[3]) Ordentliche Konkursbetreibung und Wechselbetreibung sind bestimmt umschriebene Verfahren, deren erfolgreiche Durchführung einen Konkursgrund schaffe. Erstere wird eingeleitet auf ausdrückliches Verlangen eines Gläubigers, dem eine Forderung auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gegen die AG zusteht, letztere nur, wenn die Forderung in einem Wechsel oder Check verkörpert ist.

Tatbestände, wobei der Anstoß zur Konkurseröffnung von Seiten der Gläubiger oder der AG selbst kommen kann:

1. Durch einen Gläubiger kann die Konkurseröffnung verlangt werden[4]), wenn die AG zu seinem Nachteil betrügerische Handlungen vorgenommen hat (SchKG 190 I)[5]), oder wenn ein Nachlaßvertrag verworfen oder eine Stundung widerrufen wird (SchKG 190 III, 309).

2. Durch die AG selbst bzw. durch deren Verwaltung kann die Konkurseröffnung verlangt werden, indem sie sich als zahlungsunfähig erklärt (SchKG 191), oder im Falle der Ueberschuldung, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven der Gesellschaft gedeckt sind, wovon der Richter durch die Verwaltung zu benachrichtigen ist (OR 725 III, IV, 743 II)[6]). „Falls Aussicht auf Sanierung besteht" kann nach OR 725 IV der Richter auf Antrag eines Gläubigers oder der Verwaltung die Konkurseröffnung aufschieben[7]). Unter den im Falle der Aufschiebung des Konkurses zur Erhaltung des Vermögens zu treffenden Maßnahmen, die der Richter anzuordnen hat, nennt das Gesetz ausdrücklich Inventaraufnahme und Bestellung eines Sachwalters. Dies weist auf die Anbahnung eines Nachlaßvertrages hin.

3. Als neuen materiellen Konkursgrund bezeichnet OR 743 II die Feststellung einer Ueberschuldung der AG im Stadium der Liquidation. Die Liquidatoren haben, sobald sie eine Ueberschuldung feststellen, den Richter zu benachrichtigen, der

---

[4]) Der Gläubiger muß aber seinen Forderungsanspruch aus einer fälligen oder nicht fälligen Forderung dartun können.

[5]) Die andern materiellen Konkursgründe des SchKG 190, wie Unbekanntheit des Aufenthaltsorts, Zahlungsflucht, Vermögensverheimlichung, Zahlungseinstellung (statt dessen Ueberschuldung), kommen bei der AG nicht in Frage. Vgl. Henze 24 ff., Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 329.

[6]) Die Anzeigepflicht der Verwaltung besteht gegenüber der GV nach OR 725 I im Momente, wo die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist. Sobald begründete Besorgnis einer Ueberschuldung besteht, ist eine Zwischenbilanz zu errichten, mit deren Hilfe die wahre Vermögenslage ermittelt wird. Vgl. Henze 35 ff.; Lehmann K. II 600 ff.

[7]) Diese Bestimmung wird wie aOR 657 III geeignet sein, viele Konkurse zu vermeiden, da es auch im Interesse der Gläubiger liegt, eine AG nicht untergehen zu lassen, sondern ihr das Weiterwirtschaften zu ermöglichen, da so ihre Befriedigung mehr im Bereiche der Möglichkeiten liegt. Vgl. Lehmann K. II 598; Blumenstein ZbJV 73/353 ff.

dann die Eröffnung des Konkurses auszusprechen hat. Der Konkurs tritt hier an die Stelle der Liquidation, die nun die Konkursverwaltung nach den Vorschriften des SchKG besorgt.

Konkursort ist stets der Ort des Sitzes der AG, d. h. der Ort, wo sie im Handelsregister eingetragen ist (SchKG 40 II).

Mit dem Beschlusse über die Eröffnung des Konkurses durch das Konkursgericht tritt die Auflösung der AG ein, vorbehältlich des Konkurswiderrufs (SchKG 195). Die AG geht nicht schon mit der Eröffnung des Konkurses, sondern erst mit der Beendigung desselben und der dann erfolgenden Löschung im Handelsregister unter (IIRVO 66). Bis dahin haben die Organe noch die Aufgaben zu erfüllen, die das Konkursrecht dem Gemeinschuldner auferlegt (OR 740 IV)[8]). Die Auflösung (OR 736 Ziff. 3) durch Konkurseröffnung hat also nur die Bedeutung, daß die AG aufhört ihren bisherigen Zweck zu verfolgen und nunmehr zur Durchführung des Konkurses — als „AG in Liquidation" — fortbesteht. Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, weil kein Gläubiger den Kostenvorschuß leistet, so wird die Betreibung nicht auf dem Wege der Pfändung fortgesetzt. Die Rückgängigmachung des Einstellungsbeschlusses kann dagegen verlangt werden, wenn vorher unbekannte Vermögensstücke von hinlänglicher Bedeutung nachträglich entdeckt werden. Ferner ist auch die Pfandverwertung immer noch möglich[9]).

In ihrer Verfügungsmacht über ihr Vermögen erleidet die AG durch die Konkurseröffnung eine Einschränkung, indem ihr in dem Umfange, als das Vermögen zur Konkursmasse gehört, das Verfügungsrecht entzogen und der Konkursverwaltung übertragen wird. Alle Verfügungen, die nicht das Konkursvermögen betreffen und somit nicht in den Machtbereich der Konkursverwaltung fallen, bleiben den Organen der AG vorbehalten.

---

[8]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 333.
[9]) BGE 53. III. 191, 56. III. 120, 191, 63. III. 84.

II. Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse der AG.

Jeder, der z. Z. der Konkurseröffnung einen Anspruch gegen die AG hat, ist Konkursgläubiger[10]), gleichgültig, ob der Anspruch fällig ist oder nicht, da die Konkurseröffnung die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen der Gemeinschuldnerin, mit Ausnahme der grundpfandgesicherten, nach sich zieht (SchKG 218).

Die Unterlassung der Konkursanmeldung seitens der Verwaltung bzw. der Liquidatoren macht die verantwortlichen Personen den Gläubigern gegenüber haftbar (vgl. III. Teil dieser Arbeit). Die Gläubiger werden namentlich dadurch geschädigt, daß infolge der Unterlassung der Antragstellung die Gesellschaft weiterhin Zahlungen leistet für Forderungen, die bei einer sofortigen Konkurseröffnung durch die Masse befriedigt worden wären, die Masse daher vermindert ist. Der Ersatzanspruch der Gläubiger verringert sich um den Betrag, den die haftbaren Personen bzw. die Konkursverwaltung mittelst der konkursrechtlichen Anfechtungsklagen (SchKG 286 ff.) von Zahlungen wieder einbringen, die vor der Konkurseröffnung von der Gemeinschuldnerin geleistet wurden[11]).

III. Die Konkursmasse und ihre besonderen Ansprüche.

Das gesamte, der AG z. Z. der Konkurseröffnung gehörende Vermögen, wie auch allfällige Vermögenswerte, die ihr noch seit der Eröffnung bis zum Schlusse des Zwangsvollstrekkungsverfahrens zufallen, bilden die Konkursmasse und werden zur Zufriedenstellung der Gläubigeransprüche, in der Höhe wie sie von der Konkursverwaltung anerkannt worden sind, verwendet[12]).

Als besonderer Aktivbestandteil der Masse verdient die Einzahlung auf nicht voll liberierte Namenaktien Erwähnung,

[10]) Vgl. Oechslin 6 ff., der eine materiell- und eine formell-rechtliche Seite der Gläubigerqualität im Konkurse unterscheidet.

[11]) Vgl. Henze 48 ff.

[12]) Auch die Reservefonds der AG gehören zur Konkursmasse, vgl. Henze 105 ff.

zu der deren Erwerber, sobald er im Aktienbuch eingetragen ist, der AG und daher auch ihrer Konkursmasse gegenüber verpflichtet ist (OR 687 I). Veräußert ein Zeichner seine Namenaktie, so kann er für den nicht einbezahlten Betrag belangt werden, wenn die Gesellschaft binnen zwei Jahren seit ihrer Eintragung ins Handelsregister in Konkurs gerät und sein Rechtsnachfolger seines Rechtes aus der Aktie verlustig erklärt worden ist (OR 687 II)[13]). Der Veräußerer, der nicht Zeichner ist, wird durch die Eintragung des Aktienerwerbes im Aktienbuch von der Einzahlungspflicht befreit.

Als weiteren Masseanspruch gibt OR 679 ein Rückforderungsrecht gegenüber den Mitgliedern der Verwaltung hinsichtlich aller in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch als Gewinnanteile oder unter anderer Bezeichnung gemachten Bezüge, soweit diese ein angemessenes Entgelt für Gegenleistungen übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden dürfen (OR 679 I). Der Richter entscheidet unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen[14]).

Endlich steht im Gesellschaftskonkurse die Geltendmachung der nach Gesetz der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern vorbehaltenen Schadenersatzansprüche gegenüber Gründern, Verwaltungsmitgliedern und Liquidatoren zunächst der Konkursverwaltung zu (vgl. III. Teil dieser Arbeit).

---

[13]) Inhaberaktien dagegen dürfen erst nach der Volliberierung ausgegeben werden (OR 683).

[14]) Bei bösgläubigem Bezug von Dividenden und Bauzinsen durch Aktionäre und von Tantièmen durch die Verwaltung erstreckt sich nach OR 678 die Rückgabepflicht sogar auf 5 Jahre seit Empfang der Zahlung.

2. Abschnitt.

§ 14. Die Stellung der Gläubiger im Falle der Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine andere Gesellschaftsform.

I. Allgemeines.

Die Umwandlung der AG ist wirtschaftlich verwandt mit der Fusion. Aber im Gegensatz zu letzterer, wo die bisherige Unternehmung einer anderen Platz macht, die jene in sich aufnimmt, erfährt bei der Umwandlung die AG nur eine Aenderung ihrer Struktur, indem aus ihr eine Gesellschaftsform anderer Art erzeugt wird. Eine solche Strukturänderung hat im Interesse der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich immer auf dem Wege der Auflösung und nachherigen Neugründung der neuen Gesellschaftsform zu erfolgen[1]). Zwei Fälle verdienen im folgenden eine gesonderte Betrachtung, da hier — aus gewissen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus und weil ferner zum Schutze der Gläubiger genügend vorgesorgt ist — die Umwandlung in leichteren Formen vor sich gehen kann.

II. Die Umwandlung der AG in eine G. m. b. H.

1. Das Wesen der G. m. b. H.

In den Kreis der Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit hat die Revision des OR von 1936/7 als bisher dem schweizerischen Recht unbekanntes Gebilde die Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingeführt, eine Gesellschaft, in der sich zwei oder mehrere physische oder juristische Personen oder Handelsgesellschaften mit eigener Firma und einem zum voraus bestimmten Kapital vereinigen. Die G. m. b. H. ist ihrem rechtlichen Aufbau und innern Wesen

[1]) Nach Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 99 kann die Umwandlung einer AG in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder eine Fusion zweier solcher Gesellschaften normalerweise nicht auf dem Wege der Universalsukzession erfolgen. Vgl. auch die Arbeit von Jenny.

nach eine Mittelstufe zwischen der Kollektivgesellschaft und der AG[2]).

Im Gegensatz zur AG, die „auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden kann" (OR 620 III), ist die G. m. b. H. geschaffen zur Erreichung nur wirtschaftlicher Zwecke. Unser Gesetz hat die G. m. b. H. in erster Linie für kleinere und mittlere Betriebe vorgesehen. Das zeigt sich darin, daß das Kapitalminimum auf Fr. 20 000.— (bei der AG auf Fr. 50 000.—) und das Kapitalmaximum auf Fr. 2 000 000.— angesetzt worden ist.

Nach Art. 2 der Schluß- und Uebergangsbestimmungen zum OR müssen die AG innert 5 Jahren ihre Statuten einer Anpassung im Sinne des revidierten OR unterwerfen. Statt einer Erhöhung des Grundkapitals wird von vielen AG mit weniger als Fr. 50 000.— Grundkapital die Umwandlung in eine G. m. b. H. vorgezogen werden[3]).

2. Stammkapital und Haftungsverhältnisse.

Die G. m. b. H. ist wie die AG eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und einem durch die Einlagen der Gesellschafter gebildeten Stammkapital. In Anlehnung an die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft[4]) ist die Haftbarkeit der Gesellschafter geregelt, indem jeder Gesellschafter „solidarisch mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haftet", sofern und soweit die Mitgesellschafter ihre Einlagen nicht effektiv voll liberiert haben (OR 802). Es besteht nicht nur eine interne Haftung gegenüber der Gesellschaft wie im deutschen Recht, sondern eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern[5]). Ein Gläubiger kann indessen den einzelnen Gesellschafter der G. m. b. H. grundsätzlich erst dann persönlich belangen, wenn die Gesellschaft durch Konkurs oder

---

[2]) Vgl. Guhl: Das Recht der G. m. b. H., 1937; Müller P. 8 ff.; Egger A. 14 ff.; Hefti 9 ff.; Kaufmann 28 ff.

[3]) Vgl. Hefti 13 ff.

[4]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 63 ff.

[5]) Vgl. Egger A. 13 ff.

auf andere Weise aufgelöst ist (OR 802 I in Verbindung mit 568).

3. Umwandlungsverfahren und Gläubigerschutz.

Für die Umwandlung der AG in eine G. m. b. H. hat das Gesetz im Titel über die G. m. b. H. (OR 824—826) spezielle Bestimmungen aufgestellt. Die Umwandlung stellt demnach die Verbindung dar zwischen der Auflösung der AG und der Errichtung der G. m. b. H. unter Wegfall der Liquidation, womit erreicht wird, daß das Vermögen der AG als Einheit, ohne Einhaltung eines Sperrjahres, wie es bei der Liquidation der AG üblich ist (OR 745 II/III), auf die G. m. b. H. übergehen kann (OR 828 I)[6]).

Mit Rücksicht auf die Gläubiger, die ja der AG im Vertrauen auf das Grundkapital kreditiert haben, darf das Stammkapital der G. m. b. H. nicht kleiner sein als das Grundkapital der AG. Unter Grundkapital ist dabei immer das Nominalkapital zu verstehen, und nicht das Kapital schlechthin oder das Vermögen der Gesellschaft (OR 824 I)[7]). Vermehrten Schutz der Gläubiger durch Sicherung der Kontinuität des Unternehmens bezweckt auch OR 824 Ziff. 3, der bestimmt, daß die Beteiligungen der ehemaligen Aktionäre der AG $^2/_3$ des Grundkapitals ausmachen müssen. Ist das Grundkapital der umzuwandelnden AG kleiner als Fr. 20 000.—, was bis 1942 noch der Fall sein kann, dann muß erst das Stammkapital auf Fr. 20 000.— heraufgesetzt werden durch Erhöhung der Einlage der beitretenden Gesellschafter oder durch Beitritt neuer Gesellschafter. Umgekehrt muß eine Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen, wenn eine Umwandlung einer AG durchgeführt werden soll, deren Grundkapital die für das zukünftige Stammkapital gebilligte Maximalhöhe von 2 Millionen Fr. übersteigt. Es erhellt, daß diese Herabsetzung an die aktienrechtlichen Bestimmungen von OR 732—35 gebunden ist, wobei das zum Schutze der Gläubiger nötige Verfahren zur Anwendung kommt.

[6]) Vgl. Müller P. 70 ff.; Hefti 18 ff., 34 ff., 48 ff., 87 ff.; Jörg: Die Umwandlung der AG in eine G. m. b. H., Zürich 1930, S. 30 ff.

[7]) Vgl. Protokoll der Expertenkommission, S. 549.

Durch gesetzliche Universalsukzession geht das Vermögen der AG mit der Eintragung der Umwandlung in eine G. m. b. H. auf diese über. Zum Schutze der Gläubiger, in deren Rechte der Schuldnerwechsel eingreift, hat das Gesetz in OR 828 verschiedene Kautelen getroffen, was umso notwendiger ist, als das Vermögen der AG durch den Anspruch der ausscheidenden Aktionäre (OR 825) eine Verminderung erfährt.

a) Die Gläubiger sind unverzüglich nach der Eintragung der G. m. b. H. im Handelsregister zur Eingabe ihrer Ansprüche aufzufordern. Sie brauchen die neue Gesellschaft als Schuldnerin nicht anzunehmen und können Befriedigung für fällige, Sicherstellung für nicht fällige und streitige Forderungen verlangen (OR 826 II/III). Die sich nicht meldenden Gläubiger werden Gläubiger der G. m. b. H.

b) Aus dem Vermögen der aufgelösten AG dürfen Auszahlungen an deren Aktionäre erst gemacht werden, wenn die Rechte der Gläubiger gewahrt, m. a. W. ihre Forderungsansprüche befriedigt oder sichergestellt sind (OR 826 III a. E.).

c) Aus der Mißachtung dieser speziellen Gläubigerschutzvorschriften bei der Umwandlung einer AG in eine G. m. b. H. werden die Geschäftsführer einem geschädigten Gläubiger persönlich und solidarisch haftbar[8]).

d) Die Löschung der alten AG darf erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger erfolgen (OR 826 V).

III. Die Umwandlung der AG in eine Kommandit-AG.

Wirtschaftlich betrachtet stellt die Kommandit-AG eine Verbindung von Kapital- und Personalvereinigung dar[9]). Die vermögensrechtliche Grundlage bildet das durch Aktienbeteiligung aufgebrachte Grundkapital. Im Vordergrund aber steht die Persönlichkeit der geschäftsführenden Gesellschafter, die von Gesetzes wegen die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu übernehmen haben.

---

[8]) Nach OR 827 finden dabei die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen Anwendung.

[9]) Vgl. Fehr K., S. 7 ff.; Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 60.

Die Umwandlung einer AG in eine Kommandit-AG kann m. E. auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erfolgen, und zwar ohne vorherige Liquidation und nachherige Neugründung. Notwendig ist ein Umwandlungs- und Statutenänderungsbeschluß der GV. Neben diesen Beschlüssen sind die Mitglieder der Verwaltung als nunmehr unbeschränkt haftende Mitglieder einzutragen. Spezielle Gläubigerschutzvorschriften erübrigen sich, da eine Beeinträchtigung der Gläubiger nicht stattfindet, vielmehr ihre Stellung durch Hinzutritt der persönlichen und solidarischen Haftung der Mitglieder der Verwaltung vermehrt wird (OR 764 ff.). Schwierigkeiten für eine derartige Umwandlung werden sich kaum von Seiten der Gläubiger der AG, eher von Seiten der Aktionäre der AG ergeben, die bei der Kommandit-AG gegenüber den Mitgliedern der Verwaltung in eine eher passive Rolle gedrängt werden.

3. Abschnitt.

§ 15. Der Gläubigerschutz bei der Verlegung des Sitzes der Aktiengesellschaft ins Ausland.

I. Die Bedeutung des Sitzes der AG.[1])

Wie jede Körperschaft hat die AG notwendig einen Sitz. Sitz ist der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit, von dem aus die Leitung des Unternehmens stattfindet. Die AG hat ihren Sitz regelmäßig an dem Orte der Schweiz, wo ihre Verwaltung geführt wird, wenn die Statuten nichts Anderes bestimmen, wie z. B. bei Holdinggesellschaften. Der Sitz ist bestimmend für die Fragen, welchem Rechte die AG unterworfen ist, des Erfüllungsortes ihrer Verpflichtungen, der Zuständigkeit des Konkursgerichtes, des Handelsregistereintrages etc. Unser OR anerkennt aus Gründen des Prozeß- und Konkursrechtes nur einen einheitlichen Hauptsitz oder Sitz schlechthin. Die Eintragung von Zweigniederlassungen begründet nur einen

[1]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 365.

besonderen Gerichtsstand für Klagen aus dem Geschäftsbetrieb der einzelnen Zweigniederlassung, keineswegs aber einen „Sitz der Gesellschaft" (OR 642).

II. Sitzverlegung ins Ausland und Schutz der Gläubigeransprüche.

Die Verlegung des Hauptsitzes ins Ausland unterstellt die AG einer neuen — der ausländischen — rechtlichen Herrschaft. Das hat nicht nur für die Gesellschaft selbst, sondern auch für deren Gläubiger weitgehende Auswirkungen, indem die Geltendmachung ihrer Ansprüche nun auch nach ausländischem Recht erfolgen muß. Im Interesse der inländischen Gläubiger hat daher HRVO 51 bestimmt, daß die AG an ihrem inländischen Sitze im Handelsregister nur gelöscht wird, wenn die die Löschung anmeldenden Personen folgende Nachweise erbringen:

a) Daß die zu löschende AG am neuen Wohnsitze zu Recht bestehe und in einem allfälligen Register eingetragen sei.

b) Daß die Gläubiger mit der Löschung einverstanden oder für ihre Ansprüche befriedigt seien. Eine solche Befriedigung wird wohl nur in der Form eines Auflösungsbeschlusses mit anschließender Liquidation erfolgen können.

Gegen die Abschiebung des Vermögens ins Ausland ohne Befriedigung der Gläubiger stünden diesen die arrestatorischen Rechtsbehelfe des SchKG zur Verfügung[2]).

[2]) Vgl. Komm. OR V. 5. Einleitung, N. 365.

III. Teil.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer, der Mitglieder der Verwaltung und Kontrollstelle, und der Liquidatoren gegenüber den Gläubigern der Aktiengesellschaft.

§ 16. Die Tatbestände der Verantwortlichkeit.

I. Die Haftungstatbestände im allgemeinen.

Zu den wichtigsten aber zugleich auch zu den schwierigsten Abschnitten einer Handelsgesetzgebung und insonderheit eines Aktienrechts gehören die „Verantwortlichkeitsbestimmungen". Die richtunggebenden Faktoren sind auch hier die rechtliche Natur der AG als juristische Person, vermöge der sie physischer, handelnder Personen bedarf, und die Sorge um Bestand und Sicherheit ihres Vermögens, d. h. vor allem ihres sog. Minimalgarantiefonds, des Grundkapitals. Drei Interessenkreisen soll die Verantwortlichkeit der handelnden Personen (Gründer, Organe, Liquidatoren) zugute kommen: der Gesellschaft selbst, den Aktionären und den Gläubigern der Gesellschaft. Und gerade die Gläubiger einer AG, die als Außenstehende, Dritte, allein auf das Gesellschaftsvermögen angewiesen sind, haben vor allem ein dringendes Interesse daran, daß die zum Schutze der Integrität des Grundkapitals erlassenen Vorschriften beobachtet bleiben. Die Haftbarkeit der handelnden Personen der AG gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und dementsprechend ein Klagerecht der Gläubiger ist prinzipiell in den meisten Handelsgesetzen anerkannt[1]), und unser OR macht da-

[1]) Vgl. Hallstein 302 ff.

von keine Ausnahme. Die Entwicklungstendenz auf Verschärfung dieser Verantwortlichkeit hat auch die Revision unseres Rechtes beeinflußt, wie ein Vergleich von aOR 671 mit OR 752 ff. beweist.

In den Art. 752—761 behandelt unser OR vier verschiedene Haftungstatbestände[2]):

1. Prospekthaftung (OR 752)
2. Gründerhaftung (OR 753)
3. Organhaftung, d. h. Geschäftsführung und Kontrolle (OR 754 I)
4. Liquidatorenhaftung (OR 754 II)

Eine allgemeine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern setzt unser Gesetz ausdrücklich nur in den Fällen 2—4 fest. Die Haftung aus Prospektangaben kommt dagegen nur einer speziellen Gläubigergruppe, den Obligationären, zugute (OR 752). Der Schutz eines gewöhnlichen Gesellschaftsgläubigers, der durch den Prospektinhalt zum Kontrahieren mit den Gründern veranlaßt wurde, ist somit nicht in einer Verantwortlichkeit aus der Prospekthaftung zu suchen, sondern ist gegeben in OR 645 I, der bestimmt, daß die Gründer für vor der Eintragung der AG in deren Namen eingegangene Verpflichtungen persönlich und solidarisch haften. Ein Obligationengläubiger, der aus dem Titel der Prospekthaftung klagt, kann Ersatz seines erlittenen Schadens fordern sowohl für unwahre als auch für den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben, die im Prospekt enthalten waren. Da die Prospekthaftung von OR 752 ein Anwendungsfall von OR 41 ff. darstellt, liegt dem Kläger der Beweis des Schadens und der Kausalität der Prospektangaben für den Schaden ob[3]).

Im folgenden sollen die Tatbestände der Gründer-, Organ- und Liquidatorenhaftung Darstellung finden. Unser OR hat, im Gegensatz zu zahlreichen ausländischen Gesetzgebungen, davon abgesehen, strafrechtliche Normen in unmittelbarer Verbindung

---

[2]) Vgl. Henggeler 9 ff. für die materiell und formell fast gleichlautenden Verantwortlichkeitsbestimmungen im BG betr. Banken und Sparkassen Art. 38 ff.

[3]) Vgl. Guhl ZbJV 62/121; Henggeler 14/5. BGE 59. II. 434.

mit den zivilrechtlichen aufzustellen. Für die strafrechtliche Seite der Verantwortlichkeit bei Gründungen etc. waren bisher die kantonalen Strafgesetze maßgebend. Mit dem Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches am 1. Januar 1942 gilt auch für die AG einheitlich für die ganze Schweiz der Art. 152 betreffend „unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften".

II. Die Haftung der Gründer.

OR 753 bestimmt darüber:

„Wer bei der Gründung einer AG tätig ist, wird sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich:

1. wenn er absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, daß Sacheinlagen, die Uebernahme von Vermögenswerten oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten oder in einem Gründerbericht unrichtig oder unvollständig angegeben, verschwiegen oder verschleiert worden sind, oder wenn er bei der Genehmigung einer solchen Maßnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwidergehandelt hat,
2. wenn er absichtlich oder fahrlässig dazu beigetragen hat, daß die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde erlangt worden ist, die unrichtige Angaben enthält,
3. wenn er wissentlich dazu beigetragen hat, daß die Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen wurden."

Die Tätigkeit der Gründer ist ihrer Natur nach eine verantwortungsvolle und zwar vor allem deshalb, weil sie für einen größeren oder kleineren Kreis von Personen die Veranlassung gibt, einen Teil ihres Vermögens dem zu kreierenden Rechtssubjekt zuzuwenden. Der Kreis dieser Personen setzt sich aus zwei Gruppen zusammen, deren Interessen verschieden sind: aus den Aktionären und den Gläubigern.

Die Zuwendung der Aktienzeichner erfolgt mit der Wirkung, daß der betreffende Vermögensteil in dem Vermögen (Grundkapital) des — entstandenen — Rechtssubjekts, der AG, untergeht, und an seine Stelle nur ein Komplex von gewissen Rechten tritt, die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs. Vom Standpunkt der Gläubiger aus gesehen, gab die Tätigkeit der Gründer die Veranlassung zur Entstehung eines Rechtssubjekts, dessen Kreditwürdigkeit einzig im Grundkapital, d. h. dem ausschließlich den Gläubigern reservierten Deckungsfonds, liegt. Ein Verstoß der Gründer gegen die den Gründungsvorgang regelnden Normativbestimmungen kann nicht nur diese Kreditwürdigkeit herabmindern, sondern es kann darin eine offene Schädigung Dritter liegen, die schon Gläubiger sind, oder im Begriffe stehen, es zu werden. Das führt im Rahmen einer Gläubigerschutzgesetzgebung, wie sie unser OR weitgehend verwirklicht hat, zur Statuierung der Verantwortlichkeit der Gründer auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Da keine Legaldefinition des Gründerbegriffs der wechselvollen und vagen Natur der Gründerqualität je völlig gerecht werden könnte, hält sich das Gesetz und mit ihm notwendig der Richter an die wirtschaftliche Rolle, die der Betreffende innegehabt hat. Haftbar ist daher jeder, der bei einer der im Gesetz aufgezählten Handlungen mitgewirkt hat[4]). Darunter fallen aber die eigentlichen Statutsfeststeller so gut wie vorgeschobene Strohmänner[5]), Zeichner, Organe im Gründungsstadium[6]), Notare, auch die Handelsregisterführer (OR 753 in Verbindung mit 928). Um die Haftbarkeit aus der Gründung einer AG gegenüber den Gläubigern zu bewirken, genügt nach Henggeler[7]) mit einem Wort der „bloße Tatbestand des Tätigseins bei der Gründung". Die einmal erworbene Gründereigenschaft haftet

---

[4]) Vgl. Henggeler 17; Rüegg 21.

[5]) Vgl. BGE 59. II. 443, 15. 627, 39. II. 533.

[6]) Als Gründertätigkeit gilt auch die Stellung des Eintragungsbegehrens beim Handelsregister: BGE 33. II. 256, 59. II. 442.

[7]) Dieselbe Verantwortlichkeit besteht auch bei der Neuemission von Aktien zum Zwecke der Kapitalserhöhung, vgl. Henggeler 18. Die Verantwortlichkeit der Gründer ist grundsätzlich nur gegeben für Handlungen „bei der Gründung", nicht aber für solche vor oder nach der Gründung (OR 629, 638). Vgl. Henggeler 18.

für die Zeit des Bestehens der AG an der Person, und zwar unabhängig von der Aktionäreigenschaft.

Die Gründerverantwortlichkeitsbestimmungen in OR 753 haben den Zweck, dem Leitgedanken der Wahrheit bei der Gründung Nachachtung zu verschaffen. Der Hauptunterschied zwischen altem und revidiertem OR[8]) besteht darin, daß die Gründerverantwortung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, die nach altem Rechte nur die Haftung für doloses Verhalten umfaßte, nunmehr auf jedes Verschulden[9]) ausgedehnt wurde. Die Ausdehnung dieser Haftung gerade auch auf das Verhältnis der Gründer zu Dritten, zu den Gesellschaftsgläubigern, findet seine Rechtfertigung in dem Sinn und Zweck der Gründungsvorschriften, die nicht nur den Schutz der Gesellschaft im Auge haben, sondern ebenso sehr denjenigen dritter Interessen (vgl. auch §§ 4, 5.).

Begriffliche Voraussetzung der Verantwortlichkeit einer Person für einen eingetretenen Schaden ist die Kausalität ihres Verhaltens für die erfolgte Schädigung. Zur Begründung der Haftbarkeit[10]) aus der Gründung handelt es sich für den klagenden Gläubiger einerseits um den Beweis des eingetretenen Schadens. Anderseits muß er die Kausalität der Gründungsmängel nach OR 753 für den eingetretenen Schaden beweisen, was ihm dank der ausgeprägten Regelung, welche das Gesetz der Gründung, und insonderheit der qualifizierten, angedeihen ließ, meist gelingen wird.

III. Die Haftung der Organe (Verwaltung und Kontrollstelle).

OR 754 I lautet:

„Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder

[8]) Vgl. Wieland ZSchwR 63/522.

[9]) Bloß im Falle von OR 753 Ziff. 3 ist die Haftung auf wissentliches Handeln beschränkt. Vgl. Guhl: ZbJV 62/121.

[10]) Vgl. Henggeler 27/8.

fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen."

Die Frage der Verantwortlichkeit der Organe bzw. der Organträger ist nicht nur bei der AG, sondern bei allen juristischen Personen, des privaten wie des öffentlichen Rechts von größter wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung. Sind es doch die Organträger, von denen das Gedeihen der juristischen Person zu einem wesentlichen Teile abhängt[11]). Durch pflichtwidriges Verhalten der Organträger kann aber nicht nur die juristische Person, d. h. die AG selbst, sondern können auch Dritte zu Schaden kommen[12]).

Die scharfe und weite Grenzziehung der unter die Verantwortlichkeit nach OR 754 I fallenden Personen[13]) und Handlungen[14]) stellt eine Generalprävention dar, und soll alle Organträger zu peinlicher Pflichterfüllung anhalten. Eine strenge Handhabung der Normen über die Verantwortlichkeit rechtfertigt sich allgemein im Interesse der Oeffentlichkeit und besonders mit Rücksicht auf die Gläubiger, deren Rechte und Interessen nur von den Organträgern der unteren Organe durch Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt gewahrt werden, und die meist nur geringe Einsichtsmöglichkeit in den Geschäftsbetrieb der juristischen Person haben.

Wo Gesetz, Statuten und evtl. ein Reglement über Aufgaben und Pflichten der Organträger Aufschluß geben, wird

[11]) Vgl. Kreis 56; Vigier 24 ff.; Henggeler 30 ff. für das Bankengesetz. Hagmann 24 nennt die Verwaltung das „Gewissen der AG".

„Der moralische Druck der Oeffentlichkeit, in deren Augen nie die GV, stets dagegen die Verwaltung als für das Wohl und Wehe verantwortliche Führerin erscheint, und anderseits die strengen Verantwortlichkeitsbestimmungen machen die Verwaltung zwangsläufig zu einer Art Treuhänderin der öffentlichen Interessen."

[12]) Vgl. Komm. OR V. 5. Art. 620, N. 18: In den Verantwortlichkeitsbestimmungen der Organe gegenüber den Gläubigern liegt keine Ausnahme vom Prinzip, daß die Aktionäre nicht für die Schulden der Gesellschaft haften. Denn bei dieser Verantwortlichkeit handelt es sich um eine Schadenersatzpflicht, deren Höhe vom angerichteten Schaden und vom Maß des Verschuldens abhängt.

[13]) Es fallen alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen darunter, also auch Ausschüsse, Direktoren etc. Vgl. Vigier 20 ff.; BGE 14. 668, 59. II. 453.

[14]) OR 754 spricht im Gegensatz zu aOR 671 von „absichtlicher und fahrlässiger" Pflichtverletzung.

es für den Richter im einzelnen Fall leicht sein, festzustellen, ob sich die Organträger einer Kompetenzüberschreitung schuldig gemacht haben. Gesetz und Statuten stellen lediglich ein Minimum von Pflichten auf. Jede organschaftliche Tätigkeit bringt aber ungezählte Dienste mit sich, für die im Einzelnen keine genauen Wegleitungen gegeben werden können. Es ist die Aufgabe des Richters, festzustellen, ob nach ihrem Ermessen das nötige Maß von Sorgfalt angewendet wurde. Die Gläubiger sollen sich im Interesse eines gesunden rechtsgeschäftlichen Verkehrs auf die Organträgerschaft verlassen können. Wer über fremdes Vermögen und über fremde Interessen bestimmen kann, der muß es sich gefallen lassen, daß man in Bezug auf seine Sorgfaltspflicht einen strengen Maßstab an ihn legt. Die Voraussetzungen der Haftbarkeit eines bestimmten Organträgers, Schadenseintritt, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden sind auch hier vom Gläubiger zu beweisen[15]).

In diesem Zusammenhang muß auch die Hinterlegung von Pflichtaktien seitens der Verwaltungsmitglieder erwähnt werden[16]). Eine wesentliche Funktion dieser Pflichtaktien besteht in ihrer Aufgabe, als Kaution für Verantwortlichkeitsansprüche zu dienen[17]). Daß das Eigentumsverhältnis der Pflichtaktien auch im revidierten OR nicht eindeutig und ausdrücklich geregelt wurde, indem nach OR 709 II die Aktien mit Zustimmung der Verwaltung auch durch einen Dritten hinterlegt werden können, berührt die Wirksamkeit der Sicherheitsfunktion nicht. Denn die hinterlegten Aktien werden nach zwingender Gesetzesvorschrift als Pfand zur Sicherung gewisser Scha-

---

[15]) Vgl. Henggeler 36.

[16]) Vgl. Ith: Die Pflichtaktien des Verwaltungsrates, Zürich 1924. BGE 24. II. Nr. 48.

[17]) OR 710 bestimmt:

„Die hinterlegten Aktien sollen während der Dauer der Hinterlegung nicht veräußert werden.

Sie dienen der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern als Pfand zur Sicherung ihrer Ansprüche aus der Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung.

Sie dürfen, solange die Entlastung nicht ausgesprochen ist, nicht zurückgegeben werden."

Vgl. zu OR 710 III auch 757.

denersatzansprüche an die Verwaltung verwendet, ohne daß ihr Eigentumsverhältnis dabei berücksichtigt wird.

IV. Die Haftung der Liquidatoren.

OR 754 II erklärt:

„In gleicher Weise (wie die Mitglieder der Verwaltung gemäß 754 I) sind die Liquidatoren, die absichtlich oder fahrlässig die ihnen durch das Gesetz oder die Statuten überbundenen Pflichten verletzen, der aufgelösten Gesellschaft und den Aktionären und Gläubigern für den entstandenen Schaden verantwortlich."

Ihrem tatbeständigen Wesen nach unterscheidet sich diese Haftung nicht von der sub III behandelten Haftung der Organe bzw. Organträger, und besteht somit für alle absichtlichen und fahrlässigen Verletzungen der den Liquidatoren überbundenen Pflichten[18]).

Die Verantwortlichkeit des in OR 725 IV bei Konkursaufschub vorgesehenen und vom Richter im Zuge der „zur Erhaltung des Vermögens geeigneten Maßnahmen" zu bestellenden Sachwalters hat das Gesetz nicht den Haftungsbestimmungen der Liquidatoren unterstellt. Vielmehr regelt sich m. E. die Haftung dieses Sachwalters nach den Bestimmungen in SchKG 5 ff., wie ja auch sein Aufgabenkreis der betreibungsrechtlichen Sphäre angehört[19]).

§ 17. Die Klageberechtigung der Gesellschaftsgläubiger und das Maß des Verschuldens der haftbaren Personen.

I. Allgemeines.

Wir können drei Gruppen von Rechtssubjekten unterscheiden, denen die Haftbarkeit von Gründern, Organen und Liquidatoren zugute kommen soll, nämlich die Gesellschaft, die Ak-

[18]) Die Verantwortlichkeit der Liquidatoren kann vor der Liquidation nicht geltend gemacht werden. Vgl. Egger SJZ 21/355.

[19]) Anderer Meinung Henggeler 47/8, der die Haftung des Sachwalters nach OR 725 IV per analogiam aus der Liquidatorenhaftung in OR 754 II interpretieren will.

tionäre und die Gesellschaftsgläubiger. Dem Rahmen dieser Arbeit entsprechend soll nur die Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern Behandlung finden. Daß diese Verantwortlichkeit den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht von heute auf morgen anerkannt worden ist, sondern wie jede Gesetzesbestimmung ihre Geschichte hat, hat wenigstens für die Organhaftung Vigier verdienstvoll gezeigt.

II. Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage, insbesondere der Schaden.

Das Ziel, das ein Gesellschaftsgläubiger mit der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegenüber den haftbaren handelnden Personen — Gründer, Organe, Liquidatoren — zu erreichen sucht, ist der Ersatz des Schadens, den er durch das Verhalten der Verantwortlichen erlitten hat. Neben dem Beweis der Kausalität[1]) des pflichtwidrigen Verhaltens ist — wie für alle Schadenersatzleistungen — notwendige Voraussetzung der Klage der Beweis des eingetretenen Schadens[2]).

Der Schaden, den die Gläubiger einer AG durch die verantwortlichen Personen erleiden können, kann nun ein verschiedener sein, nämlich ein primärer oder ein sekundärer. Primären oder unmittelbaren Schaden nennen wir denjenigen, welchen ein Gläubiger nur in seiner Person, also ohne begleitenden Schaden der Gesellschaft erleidet. Mit sekundärem oder mittelbarem Schaden bezeichnen wir eine Vermögenseinbuße eines Gläubigers, die dadurch entsteht, daß die AG geschädigt wird. Denn in dem Maße als das Gesellschaftsvermögen vermindert wird, tritt auch eine Wertverminderung der Gläubigerforderungen ein. Nach ständiger Rechtssprechung des Bundesgerichts[3]) kann der einzelne Aktionär und Gläubiger

---

[1]) Vgl. BGE 47. II 293: „Es ist nicht statthaft, einen strengen und absoluten Beweis des Kausalzusammenhangs zu fordern, sondern der Richter hat sich mit jener Gewißheit zufrieden zu geben, welche ihm die Erfahrung des Lebens verleiht und welche mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnet."

[2]) Vgl. Wildi 84 ff.

[3]) Vgl. BGE 23. II. 1071, 24. II. 692, 44. II. 43, 49. II. 245, 89. II. 434.

Ersatz sowohl des sekundären wie des primären Schadens fordern, sofern die betreffenden Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Der sekundäre oder mittelbare Schaden.

Im Gegensatz zu den ersten Revisionsentwürfen gibt der heutige Art. 755 den Gesellschaftsgläubigern nur einen Anspruch auf Ersatz des sekundären Schadens an die Gesellschaft und nicht an die klagenden Gläubiger selbst[4]). Im Interesse der Gleichheit unter den Gläubigern ist diese Lösung befriedigend, indem so alle Gläubiger von dem Ersatz profitieren, während bei der Möglichkeit der Klage des Gläubigers auf Zahlung an sich selbst evtl. nur derjenige ganz gedeckt würde, der zuerst klagte, und die später sich Meldenden leer ausgingen.

Die Gesellschaftsgläubiger können indes überhaupt nicht klagen, solange nicht über die AG der Konkurs nach SchKG 159 ff. eröffnet worden ist (OR 758). Ist die AG im Konkurs, so steht nach OR 756 die Geltendmachung des Anspruches der einzelnen Gesellschaftsgläubiger zunächst der Konkursverwaltung zu, m. a. W., diese entscheidet, ob die Gründer, Organe oder Liquidatoren aus ihrer Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden sollen. Erst wenn die Konkursverwaltung auf ihr Klagerecht verzichtet, können die einzelnen Gesellschaftsgläubiger die sog. Abtretung des Anspruches nach SchKG 260 verlangen[5]). Nach der früheren Praxis ging hier der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger auch nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft. OR 756 II bestimmt nun aber ausdrücklich, daß das Ergebnis des an die Gläubiger abgetretenen Anspruches aus der Verantwortlichkeit für mittelbare Schädigung nach den Bestimmungen des SchKG zu verwenden sei. SchKG 260 II lautet:

> „Das Ergebnis dient nach dem Abzug der Kosten zur Dekkung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Rang. Der Ueberschuß ist an die Masse abzuliefern."

[4]) Vgl. Wieland ZSchwR 63/520.
[5]) BGE 44. II. 38 ff.

Im Falle, wo neben den Gläubigern auch Aktionäre die Abtretung verlangen, gehen die Gläubigeransprüche denjenigen der Aktionäre vor[6]). Macht weder die Masse noch ein einzelner Gläubiger oder Aktionär durch Abtretung nach SchKG 260 den Anspruch aus OR 755 für mittelbaren Schaden geltend, so ist der Klageanspruch mangels Geltendmachung erloschen.

Aus OR 756 II folgt auch, daß ein Vergleich der Masse mit den verantwortlichen Personen für allfällige Verantwortlichkeitsansprüche die Rechte der Gläubiger auf Abtretung nicht berührt. Diese können vielmehr die Abtretung trotz eines solchen Vergleichs verlangen, indem ein Vergleich einem — wenn auch bedingten — Verzicht nach OR 756 II gleichkommt. Mit Vorteil wird aber ein Gläubiger einem Vergleich zustimmen, statt seine Ansprüche in einem langwierigen, riskanten Verantwortlichkeitsprozesse zu verfechten[7]).

Auch ein Entlastungsbeschluß der GV steht dem Anspruch der Gläubiger nicht entgegen, wohl aber demjenigen der Gesellschaft und u. U. des einzelnen Aktionärs (OR 757)[8]).

Diese Beschränkung der Klagemöglichkeit eines Gesellschaftsgläubigers bei mittelbarem Schaden durch die Voraussetzung der erfolgten Konkurseröffnung über die Gesellschaft findet ihre Begründung darin[9]), daß trotz der Vermögenseinbuße, die die Gesellschaft erlitten hat, eine Schädigung der Gläubiger erst festzustellen ist, wenn der Konkursausbruch die Ueberschuldung und damit die Tatsache dartut, daß Gesellschaftsvermögen und Aktienkapital zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr ausreichen. Das erste Bestreben eines von Schaden bedrohten Gläubigers, der die Verantwortlichkeitsklage anstrengen will, muß daher die Herbeiführung des Konkurses über die AG sein. Nur so hat er die Möglichkeit, einen Ersatzanspruch aus mittelbarer Schädigung geltend zu machen. Dabei will unser OR keineswegs aussprechen, daß die Gläubiger der Gesellschaft im Konkurse derselben nur die Ansprüche aus

[6]) Vgl. Henggeler 50.
[7]) Vgl. Henggeler 50/1.
[8]) Vgl. Henggeler 55.
[9]) Vgl. Wildi 138 ff.; v. Waldkirch ZSchwR 23/668.

OR 755 geltend machen können, sondern OR 758 will sagen, daß der Anspruch aus OR 755 nur im Konkurse der AG geltend gemacht werden kann, und daß sich vorher die Gläubiger eben an die Gesellschaft halten sollen.

2. Der primäre oder unmittelbare Schaden.

Ein Gläubiger kann direkt einen Schaden erleiden, in der Weise, daß die Handlungen der haftbaren Personen, ohne die Gesellschaft zu schädigen, unmittelbar in seine rechtliche Sphäre eingreifen. Bei diesem primären Schaden besteht nicht wie beim mittelbaren Klagenkonkurrenz, vielmehr haben die schuldigen Personen die Pflicht, diesen Schaden jedem einzelnen Gläubiger nach der Höhe seines Anspruches zu vergüten. Und zwar können die Gläubiger diesen Schaden unzweifelhaft — was sich per argumentum e contrario aus OR 755 ff. ergibt — unabhängig von der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären geltend machen, denn der Schaden, den sie erleiden, trifft ja unmittelbar sie, und keineswegs die AG oder gar die Aktionäre. Demzufolge brauchen sie, soweit sie für den primären Schaden klagen, die Eröffnung und Durchführung des Konkurses der AG und die Beschlüsse der Konkursverwaltung nicht abzuwarten und können so vorgehen, als existierte für sie das Konkursverfahren nicht[10]).

III. Das Maß des Verschuldens der haftbaren Personen.

OR 753 und 754 bestimmen, daß die in Frage kommenden Personen den Gläubigern gegenüber verantwortlich werden für allen Schaden, welchen sie jenen durch „absichtliche oder fahrlässige" Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursacht haben. Nur in einem einzigen Falle (OR 753 Ziff. 3) bleibt naturgemäß das Verschulden auf Wissentlichkeit beschränkt[11]).

[10]) Vgl. Henggeler 51/2, 56/7; Vigier 70 ff.; Silbernagel 444 ff.

[11]) Die Haftung aus der Gründerverantwortlichkeit nach aOR 671 hatte allen drei Klageberechtigten (Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger) gegenüber „Wissentlichkeit" als Verschuldensmaß zur Voraussetzung.

Die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen waren dagegen der Gesellschaft gegenüber für jedes Verschulden, den einzelnen

Mit der Einbeziehung der Fahrlässigkeit in die Haftungsgrenze wurde bei der Revision des OR einem lange gehegten Wunsche in Juristenkreisen Rechnung getragen (cf. die einschlägige Literatur), denn man hatte schon bald nach der Einführung des OR im Jahre 1883 gesehen, daß die Beschränkung auf wissentliche Handlungen zu viele der verantwortlichen Personen nicht erfassen konnte, sodaß die Artikel über die Verantwortlichkeit, insonderheit den Gesellschaftsgläubigern gegenüber oft zur bloßen Illusion wurden.

Von Fahrlässigkeit sprechen wir, wenn der Verantwortliche, sei er Gründer, Organ oder Liquidator, die schädigende Folge seines Tuns zwar nicht vorausgesehen hat, sie aber bei Anwendung der gebotenen und von ihm zu erwartenden Sorgfalt hätte voraussehen müssen oder doch können[12]).

§ 18. Solidarität, Verjährung und Gerichtsstand.

I. Das Verhältnis unter mehreren haftbaren Personen.

Wo mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich sind, hat unser OR, wie die meisten Gesetzgebungen, das Rechtsverhältnis der Solidarität als unter ihnen bestehend statuiert[1]), wenigstens für ihr externes Verhältnis, d. h. für ihre Beziehungen zu den Klägern. Wie sich intern der Regreß ordnet ist Sache des freien richterlichen Ermessens, mit der Einschränkung, daß der Grad des Verschuldens der einzelnen Verantwortlichen bei der Bestimmung der Regreßpflicht in Berücksichtigung zu ziehen ist (OR 759, in Verbindung mit OR 50, 51, 143 ff.). OR 759 II wird besonders bei Exkulpierungsversuchen in Anspruch genommener Organmitglieder in Zukunft noch seine Rolle spielen. Im allgemeinen ist jedes Mit-

Aktionären und Gesellschaftsgläubigern aber nur für absichtliches, pflichtverletzendes Handeln schadensverantwortlich (aOR 673/4).

[12]) Vgl. Guhl 49.

[1]) Vgl. Henggeler 57 ff.

[2]) Vgl. BGE 55. II. 310, 59. II. 434, wo diese Grundsätze vom Bundesgericht schon in Verbindung mit aOR 673 ausgesprochen wurden.

glied für die ganze Verwaltung bzw. Geschäftsführung oder Kontrolle verantwortlich, umsomehr als sich das Organ der Verwaltung nach außen als einheitliches Gebilde präsentiert. Es kommt aber praktisch oft vor, daß die Statuten einzelne Teile der Verwaltung ganz selbständig einem Mitglied oder einem Ausschuß von mehreren übertragen. Gerade hier wäre es aber unbillig, wenn man auch intern jedes einzelne Mitglied für die gesamte Geschäftsführung verantwortlich machen würde.

II. Die Frage der Klageverjährung.

Die Geltendmachung der Klage der Gesellschaftsgläubiger gegen die verantwortlichen Personen ist wie jeder gesetzliche Anspruch infolge innerer Gründe einer zeitlichen Beschränkung unterworfen. OR 760, der die Verjährung regelt, hat die in dieser Frage so nötige Klarheit und Vereinheitlichung gebracht, sodaß nicht mehr untersucht zu werden braucht, ob es sich im einzelnen Fall um eine vertragliche oder doch vertragsähnliche Haftung handle, oder ob der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliege. In allen Haftungsfällen verjährt die Klage in 5 Jahren von dem Tage an gerechnet, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erhalten hat, unter allen Umständen aber mit Ablauf von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Längere Verjährungsfristen gelten bloß dann, wenn sich der Haftende einer strafrechtlichen Widerhandlung schuldig gemacht hat und das Strafrecht dafür eine längere Verjährungsfrist vorschreibt. Für die Fragen der Hemmung, Unterbrechung, Beendigung usw. der Verjährung sind die allgemeinen Bestimmungen der Art. 127—142 maßgebend.

III. Der Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaftsgläubiger.

Neben dem ordentlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten hat OR 761 noch einen zweiten Gerichtsstand eingeführt. Danach kann ein Gesellschaftsgläubiger seine Klage

gegen alle aus der Gründungs-, Organ- oder Liquidatorenhaftung verantwortlichen Personen beim Richter am Sitze der AG einreichen. Die Möglichkeit, den Beklagten an seinem Wohnort gemäß Art. 59 der Bundesverfassung von 1874 zu belangen ist indes weiterhin gegeben[3]).

[3]) Vgl. Henggeler 60/1.
Vgl. Sten. Bull. St. R. 35, S. 107.